

UNIÓN GUATEMALTECA DE TRABAJADORES

El Disfraz de la Relación de Trabajo en Guatemala

Editores:

Adolfo Lacs Palomo
Silvia Trujillo Bennett

Reproducción con el esfuerzo económico de:

ORGANIZACIONES SINDICALES:
Central General de Trabajadores de Guatemala, "CGTG"; Confederación Central de Trabajadores del Campo y la Ciudad, "CTC"; Confederación de Unidad Sindical de Guatemala, "CUSG"; Federación Sindical de Empleados Bancarios y Servicios, "FESEBS" y la Federación Sindical de Trabajadores de la Alimentación, Agro industrias, Servicios y Similares, "FESTRAS". Sindicato de Trabajadores del Banco de Guatemala "STBG"; Sindicato de Empleados del Banco de los Trabajadores "SEBT".

PERSONAS INDIVIDUALES:
Mario Francisco Girón Sánchez;
Adolfo Lacs Palomo;
Kristin Svendsen;
Ine Vasshus.

Primera Edición Mayo de 2008

El Disfraz de la Relación de Trabajo en Guatemala

Autor: **Alejandro Argueta R.**

ÍNDICE

PRÓLOGO

El enmascaramiento, disfraz, fraude, encubrimiento del contrato de trabajo utilizando otros " tipos de contratos" de carácter civil o hasta mercantil llegó a ser tan dañino para los trabajadores a nivel mundial y para las políticas social y fiscal o de lucha contra la pobreza de cada país, que provocó que la Organización Internacional del Trabajo, abordara el tema en la asamblea anual del año 2006, en donde representantes de los gobiernos, de los trabajadores y de los empresarios negociaron y votaron a favor de una recomendación que ayude a los gobiernos a eliminar este mal generado por los empleadores, tanto privados como gubernamentales, para reducir costos en perjuicio del trabajador.

La tasa de empleo, al disfrazar el contrato de trabajo, no ayudó a los países en vías de desarrollo a incrementarlo, al contrario se dejaron de pagar miles de dólares que correspondían a los trabajadores y trabajadoras por su trabajo, ideas e iniciativas aportadas en beneficio de las empresas y "precarizaron" las condiciones laborales, cayendo en situaciones socialmente peligrosas. Es decir se alejaron de la senda del concepto del trabajo decente.

En Guatemala ocurre exactamente lo mismo y no se paga ó se evita el disfrute, según el caso, al trabajador y trabajadora de beneficios o prestaciones laborales tan importantes, entre otras, como:

a. Jubilación por vejez o incapacidad
b. Atención medica y hospitalaria para la madre trabajadora y a sus hijos
c. Atención médica que incluye:
- suspensión por enfermedad
- suspensión por accidente
d. Pago de las prestaciones pecuniarias derivado de lo anterior
e. Vacaciones
f. Séptimo día
g. Indemnización por despido injustificado
h. Indemnización por muerte
i. Bono 14
j. Aguinaldo

k. *Licencia, con goce de salario, pre y postnatal, y*
l. *Pago por trabajo en jornada extraordinaria*

Por lo expuesto, se redujeron los costos de producción o de funcionamiento, pero ello en ningún momento se tradujo en precios más accesibles para el consumidor, ni en mejores condiciones laborales, sociales o salariales para el trabajador y trabajadora, como muchas veces se afirma con absoluta desvergüenza, pero sí en mayores utilidades para las empresas. Esto ocurre aun con la enorme inversión en promoción que recibe la Responsabilidad Social Empresarial, los Códigos de Conducta o las campañas de valores a lo interno de empresas e instituciones. En el sector público el encubrimiento sirve para pagar favores políticos, tal cual lo reportan los medios de comunicación de cuando en cuando.

Este libro es el primer esfuerzo realizado en Guatemala para estudiar esta negativa realidad. El autor nos lleva de la mano explicándonos paso a paso, como únicamente lo puede hacer un maestro que conoce: desde la presentación del problema, la disección del mismo y las consecuencias legales y sociales que el disfraz provoca.

Utiliza un lenguaje sencillo e incisivo como un bisturí para que todos, tanto los expertos en temas jurídicos y sociales como los legos en esas materias, entendamos el problema. Mas todavía: ayuda a los miles de trabajadoras y trabajadores guatemaltecos que en estos momentos sienten los efectos negativos, de que se les nieguen los derechos, al ser contratados por pago contra factura, por servicios profesionales en el sector privado y en el sector público por los famosos renglones 029 (antes 079) 189 ó los que se inventen en el futuro. En fin, nos permite comprender y desenmascarar lo que ocurre para así poder combatirlo.

Como siempre, toca a los trabajadores y trabajadoras y sus organizaciones luchar contra dicho problema. Este es un paso sencillo pero muy importante en esa dirección, porque el grito de alarma se dio cuando "alguien" en el gobierno, en épocas no tan lejanas inventó el renglón 079, a propuesta de entidades financieras internacionales y se empezó a mal utilizar el concepto y "a sacarle provecho"; después se trasladó rápidamente esta mala práctica al sector privado y a las organizaciones no lucrativas. ¡La lucha, como siempre, la asumimos!

Adolfo Lacs Palomo
Miembro del Consejo Político de UGT
Secretario de Previsión Social de FESEBS

INTRODUCCIÓN

LA VERDADERA MUERTE DEL DERECHO DE TRABAJO

"Suceden cosas tan extrañas en mi pequeño país, que si de verdad hubiera cristianos creerían, sin duda, en la muerte auténtica de dios"

Otto René Castillo.

Si pensamos un momento en las extrañas y horrendas cosas que motivaron al poeta guatemalteco a escribir estas palabras, las cuales aún suceden en nuestro país, no nos resultará extraño que alguien afirme que el "Derecho de Trabajo ha muerto..."

En nuestro pequeño país, la violencia, la corrupción y la traición han mantenido la explotación económica y la marginación social de los trabajadores. Antiguos y nuevos mecanismos políticos de dominación y opresión funcionan para garantizar la hegemonía y los privilegios de la élite económica. Incumplir y permitir que se incumpla la legislación social que protege a las personas que trabajan es uno de estos mecanismos. Por eso muere el Derecho de Trabajo.

Los que afirman que el Derecho de Trabajo ha muerto[1] se apresuran a escribir epitafios sobre la modernidad y el desarrollo. Acuden con alivio a lo que consideran el entierro de las leyes que establecen la protección social de los trabajadores. Sostienen el discurso que la globalización implica nuevas y modernas formas de organización del trabajo que deben ser implementadas para superar la supuesta rigidez de las leyes laborales.

No existe un interés social en este discurso. El interés es económico, lo dicen para tratar de justificar, en el presente, la validez de los mecanismos de explotación económica que existen desde el pasado.

[1] Entre otros: García, Mario. La muerte del Derecho de Trabajo, editorial Tierra Labrada, Guatemala, 2002.

Es un esfuerzo ideológico para intentar, incluso, calificarse de modernos y progresistas frente a la globalización. Al anunciar esta muerte de derechos sociales pretenden llevar honor a sí mismos. Los responsables de la pobreza y de la desigualdad social necesitan este tipo de argumentos porque, a pesar de los cambios, sigue siendo indigno explotar económicamente al prójimo.

Cuando a una persona se le ofrece un empleo subordinado y se le dice que no tendrá prestaciones laborales porque su contrato es civil o mercantil, entonces en ese momento sí se está matando al Derecho de Trabajo. Este fraude niega al trabajador el acceso a la protección social que el Estado tiene prevista para aquellos que trabajan día a día en condiciones de subordinación o dependencia.

Sí, así se mata un derecho, negando su existencia. Pero esta situación no debería provocar desaliento. Por el contrario, tal arbitrariedad motiva a impulsar, ahora en plena globalización, nuestra voluntad de feroz rebelión contra la injusticia social, una implacable protesta en contra de las condiciones indignas de trabajo y un compromiso inclaudicable a favor del Trabajo Decente.

En el contexto actual de la economía mundial prevalecen las pautas impulsadas por el proceso de globalización. Podrán existir beneficios pero también, acompañan a éstos, una serie de agudos problemas sociales que reclaman con insistencia soluciones que brinden alivio al sufrimiento de miles de personas.

En Guatemala, como en otros países en desarrollo, los gobiernos a lo largo de la historia reciente han privilegiado una estrategia de inserción en la economía mundial a través del deterioro de la calidad de vida de la mayoría de los ciudadanos para favorecer a elites económicas. Hoy esta tendencia no ha cambiado.

El incesante proceso de globalización es asumido por nuestros gobernantes a costa del debilitamiento de las instituciones, de la indiferencia de las autoridades ante gigantescas evasiones por parte de empresas transnacionales y por parte también de históricos empresarios guatemaltecos.

Los problemas sociales producidos por el proceso de globalización son más terribles en países en donde los gobernantes son complacientes ante los intereses de empresarios irresponsables.

Permitir la evasión del cumplimiento de la ley es una de las primeras satisfacciones que este tipo de empresarios recibe de funcionarios públicos complacientes.

Enorme es la satisfacción, para los empleadores, si esta omisión se refiere al incumplimiento de las leyes laborales.

La reducción de los costos de producción a través de la negación de vacaciones, de la fijación de salarios por debajo del mínimo legal, de la extensión de la jornada de 8 horas hasta 10 o inclusive 12 horas efectivas de trabajo, de la realización de despidos directos injustos sin pagar indemnizaciones, de la contratación de niños con salarios bajos o sin salario, del despido discriminador e impune de trabajadoras embarazadas, de la negación de la licencia de lactancia y la omisión de la constitución de centros de cuidado integral para los hijos de las trabajadoras, de la evasión de las medidas mínimas de seguridad ocupacional, del alzamiento de bienes para defraudar las obligaciones laborales ante cientos de trabajadores, etc., son incumplimientos que producen más y más fáciles ganancias a los empleadores y más sufrimiento a los trabajadores.

La explotación económica siempre ha causado dolor. Ante esto la dignidad humana ha reaccionado creando una serie de mecanismos orientados hacia la protección social del trabajador y de su familia.

En la actualidad el concepto de globalización justa, impulsado por la Organización Internacional del Trabajo, sintetiza el anhelo humano de que el crecimiento económico producido por la mundialización de la economía se oriente hacia la justicia social y no hacia el deterioro de la calidad de vida de las personas.

El reto de una globalización justa es enorme, pero no es un sueño imposible. La posibilidad de alcanzar este objetivo está determinada por la capacidad de identificar los principales problemas, sus causas y sus soluciones.

El sistema de protección de los trabajadores es un elemento esencial para la superación de los problemas sociales que impiden alcanzar justicia en el mundo actual y humanizar la globalización.

La vertiginosa carrera por alcanzar los mayores niveles de competitividad y ocupar las mejores posiciones en la inserción en la economía mundial conduce a sociedades como la nuestra a un irracional y sensible deterioro institucional. "No podemos cumplir con las disposiciones del código de Trabajo" es el discurso de los empresarios desde su promulgación en 1947 hasta la fecha. La legislación laboral es "ineficaz y perniciosa" para el desarrollo de las empresas, han afirmado así los técnicos vinculados al sector empresarial.

Las elites económicas realizan los más poderosos esfuerzos para lograr que sus actividades económicas se realicen sin cumplir la normativa social mínima. En este contexto la reducción o la anulación del ámbito de la relación de trabajo constituyen una de las principales causas de la desprotección de los trabajadores en la actualidad.

Tres son los problemas que pueden observarse: el primero corresponde a la peor manera de disfraz de la relación de trabajo y consiste en que un empleador contrata a un trabajador en condiciones de subordinación o dependencia pero celebra un contrato civil o mercantil propio del trabajo independiente. De esta forma se disfraza la verdadera naturaleza de la relación o contrato de trabajo con una figura jurídica diferente.

El segundo corresponde a otra modalidad de disfraz: la tergiversación de las condiciones de trabajo. Por ejemplo muchos empleadores contratan trabajadores a "plazo fijo" o extienden continuamente el período de prueba cuando la realidad es que estas contrataciones son de plazo indefinido y no "temporales" como pretende simular el empleador.

Con esta práctica el empleador evade el cumplimiento de las obligaciones laborales que derivan de la continuidad de la relación de trabajo y también las correspondientes a la seguridad social.

La tercera consiste en lo que se conoce como relaciones de trabajo "triangulares" o de subcontratación laboral y se produce como consecuencia del necesario proceso de descentralización productiva y que consiste en que una empresa principal subcontrata a otra empresa con el objeto de descentralizar su producción y aumentar la competitividad. Si la empresa subcontratada incumple sus obligaciones laborales entonces surge el problema de determinar si la empresa principal es solidariamente responsable ante los trabajadores subcontratados.

La subcontratación se realice con el objeto de ocultar al verdadero empleador responsable. Es un fraude elaborado e infame. Esto se aprecia frecuentemente en la situación en que empresas de la industria textil cierran sus plantas de producción sin pagar prestaciones laborales. Es posible que en cada cierre exista una empresa principal que se encuentra oculta por la figura de la subcontratación. De esta manera la empresa principal asegura el cumplimiento de los pedidos internacionales a través de formas de organización de la producción sin respeto de la mayoría de las garantías sociales mínimas de protección del trabajo de las personas.

Todos estos fenómenos deterioran el bienestar de los trabajadores y de sus familias. Constituyen una manera de disminuir la protección social que les corresponde y son un fraude legal que se realizan con el objeto de evitar la aplicación de las leyes laborales.

Las organizaciones sindicales enfrentan un enorme desafío si desean hacer efectivas las garantías sociales que las leyes internacionales y nacionales establecen para la protección de los trabajadores. Un desafío aún más grande es intentar mejorar el alcance y la calidad del sistema jurídico laboral.

La lucha por impulsar y promover el paradigma del Trabajo Decente exige enfrentar estos desafíos en forma directa. Es un reto para toda la sociedad, para las autoridades públicas y muy especialmente para los sindicatos.

Este documento de discusión política "policy paper" tiene por objeto abordar los elementos

principales de uno de estos problemas: El disfraz de la relación de trabajo a través de contratos civiles o mercantiles. Ha sido elaborado con el propósito de que constituya un documento concreto de fácil lectura. Por esa razón varios aspectos complementarios han sido incorporados como citas al pie que pueden ser consultadas si se desea una profundización sobre el contenido principal.

Consta de cinco partes. La primera plantea los aspectos esenciales que definen el problema del disfraz de la relación de trabajo y puntualiza aspectos relevantes para evitar que el anhelo por la generación de empleo se realice a través de puestos de trabajo en condiciones degradantes e indica algunos elementos para la generación de empleo decente. La segunda aborda directamente las características y efectos esenciales del problema del disfraz de la relación de trabajo. La tercera parte describe en forma general los aspectos estratégicos que pueden tomarse en cuenta para enfrentar este fraude.

En el apartado cuarto se exponen algunos de los principales aspectos que caracterizan las posiciones de los actores sociales.

Se hace una consideración especial a la realización de este fraude por parte de organismos sociales que no deberían hacerlo por imperativo ético, por ejemplo: organizaciones no gubernamentales que sin fines de lucro realizan actividades de promoción social o de los derechos humanos, organizaciones gremiales como asociaciones de trabajadores, y también, sin duda muy lamentable, los propios organismos internacionales de cooperación y el cuerpo diplomático acreditado en el país. Todas estas entidades realizan el fraude del disfraz de la relación de trabajo. Su calidad no justifica esta mala práctica, pero la hace más grave. Estas entidades deberían ser ejemplo de empleadores responsables.

Finalmente la quinta parte constituye una breve propuesta de acción desde la perspectiva sindical ante este problema. Este trabajo fue encomendado por las organizaciones sindicales de Guatemala. Los graves problemas que existen con relación a la protección de los trabajadores han sido analizados con seriedad, profundidad y sobre todo con un decidido sentido de solidaridad y combatividad de los dirigentes sindicales.

Hoy en Guatemala se vislumbra un movimiento sindical renovado, fresco y decidido a actuar a altura de los retos que la globalización les plantea. En nuestra historia continúa siendo un reto ineludible la reivindicación de la dignidad del pueblo guatemalteco.

El reto es enorme. Pero una de las principales acciones es la investigación, el estudio y la divulgación del conocimiento al pueblo. Solo con conocimiento podremos enfrentar las terribles desiguales y el doloroso desconsuelo que nuestra sociedad vive como consecuencia de los efectos negativos de la globalización.

Este informe constituye, precisamente, una muestra de esta renovación. Fue planteado, gestionado y evaluado por las propias organizaciones sindicales. Es el resultado del esfuerzo de los trabajadores y de sus organizaciones. Está dedicado para que sea estudiado, discutido y para que sirva de insumo al momento de plantear soluciones.

Reconocidos líderes han asumido el reto de generar investigación y estudio en el movimiento sindical: Arturo Mesías Ortíz y Néstor Estuardo de León Mazariegos de FENASTEG; Rigoberto Dueñas Morales de CGTG, Efrén Sandoval Sanabria de UNSITRAGUA y Luis Lara del FNL. El ejemplo que hoy proyectan es una luz que no podrán apagar. Todos ellos revisaron este trabajo y plantearon valiosas propuestas para mejorarlo.

También se contó con el inestimable aporte de dos relevantes comentaristas y amigos: Guillermo Maldonado y Marco Vinicio Hernández. Ambos abogados laboralistas entregados a la defensa de los trabajadores y que conocen muy bien, a través de su vivencia cotidiana, la lamentable debilidad de sistema de justicia laboral guatemalteco.

Por eso sus observaciones son ricas en sensibilidad ante la desprotección social de que objeto los trabajadores debido al disfraz de su relación de trabajo.

Este estudio fue realizado, inicialmente, por la Fundación Friedrich Ebert a través de la coordinación de Lesbia Amézquita quien ha realizado un histórico impulsa para la discusión de este relevante problema social.

Su compromiso personal e institucional con la búsqueda de soluciones ha quedado plasmado en las diferentes actividades de diálogo social que implementó durante el 2007 y 2008.

Posteriormente la Unidad Guatemalteca de Trabajadores –UGT– decidió impulsar aún más este proceso y, con pocos recursos pero con mucha voluntad, principalmente del señor Adolfo Lacs Palomo quien fue el delegado sindical en la 95ava. Conferencia Internacional del Trabajo en la cual en el 2006 se aprobó la Recomendación 198 que trata sobre este terrible problema social, se ha logrado alcanzar este maravillo resultado al editar y distribuir este informe.

Este sencillo reconocimiento a todos estos amigos sirve para dejar constancia del infinito agradecimiento del autor por el tiempo que dedicaron para aportar valiosas contribuciones que hacen de este trabajo un esfuerzo colectivo.

Espero que este informe despierte el interés insaciable por el estudio, que promueva una fuerte e inagotable discusión y en el mejor de los casos, que sirva para que todos los guatemaltecos, a quienes les palpita incesantemente el anhelo por la justicia social, podamos detener esta tendencia inhumana de privar a los trabajadores de la mínima protección social disfrazando su relación de trabajo.

Alejandro Argueta R.
Consultor
Guatemala, diciembre de 2007

1 EL PROBLEMA

Fraude, engaño, falsedad, encubrimiento, truco, farsa, deformación. Todas estas palabras pueden utilizarse para calificar al problema de la simulación de la relación o del contrato de trabajo. Pero la expresión más apropiada es la de: Disfraz.

El disfraz es la habilidad o el ingenio de crear una ropa o una vestimenta, como una máscara, para distraer la atención de la verdad. Las personas se disfrazan, normalmente, para interpretar un personaje ficticio dentro de una actividad artística, social o religiosa, como se hace en el carnaval, en las fiestas o en algunas ceremonias. En este caso la intención es la entretención de los demás.

Pero también existe el disfraz que busca la simulación de la realidad para dar a entender algo distinto, algo falso. Este tipo de disfraz no busca la entretención como los otros. Este tipo de disfraz es un fraude que se realiza para favorecer maliciosamente a quien intenta encubrir la realidad.

Disfrazar una relación de trabajo es la acción fraudulenta que realiza un empleador cuando contrata a una persona, a través de un contrato civil o mercantil, con el propósito de encubrir una verdadera relación de trabajo. Con este encubrimiento o disfraz malicioso el empleador anula, impide o atenúa la protección que las leyes otorgan a los trabajadores.[2]

Este encubrimiento o disfraz constituye un fraude de ley[3] y el empleador lo realiza con el propósito de reducir los costos de la contratación de la mano de obra.

[2] *OIT El ámbito de la relación de trabajo. Informe V, Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 2003. Página 27.*

[3] *El fraude de ley es un engaño en donde una persona realiza un acto, por ejemplo un contrato, aparentemente legal con el objeto de evadir la verdadera ley que debería cumplir. Cuando se realiza un fraude de ley el acto simulado es nulo. Esto quiere decir que no tiene validez, no nace a la vida jurídica y por lo tanto no produce ningún efecto legal.*

En este caso el contrato civil o mercantil que se utiliza como disfraz es nulo porque ha sido creado en fraude de ley. La consecuencia es que, a pesar de haber firmado un documento en donde dice que el contrato es civil o mercantil, estos contratos es como que no existen y lo que verdaderamente existe es el contrato o relación laboral que se intentó disfrazar, encubrir o simular.

Lo que hace es desconocer las garantías sociales mínimas que las leyes establecen para la protección de las personas que laboran dentro del ámbito de una relación de trabajo.[4]

Existen muchas maneras a través de las cuales un empleador puede encubrir una relación de trabajo para que el trabajador goce de una menor protección. Pero el disfraz o la simulación de una relación de trabajo con un contrato civil o mercantil es la peor.[5]

1.1 EL TRABAJO DECENTE, ESCENARIO UNIVERSAL DE PROTECCIÓN

En 1,999 la Organización Internacional del Trabajo -OIT- impulsó el paradigma del Trabajo Decente[6] confirmado el compromiso de lograr que toda persona, sin importar su situación laboral, tenga el derecho a trabajar en condiciones de: libertad, equidad, seguridad y dignidad.

La referencia general a esta institución legal se encuentra en el artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial, todo acto cometido en fraude de ley es nulo y no impide la aplicación de la norma correcta.

[4] *Esta actitud del empleador es una evasión laboral. También evade otras obligaciones sociales como lo son: el pago de la cuota patronal del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social –IGSS-, la cuota patronal del Instituto Técnico de Capacitación y Productividad –INTECAP- y la cuota patronal del Instituto de Recreación para los Trabajadores de la Empresa Privada –IRTRA-.*

Además también se evaden importantes obligaciones fiscales relativas al Impuesto al Valor Agregado –IVA- a través de la declaración fraudulenta de compra de servicios personales independientes. Cuando empleador declara al Estado que ha contratado servicios personales independientes se queda con una parte de crédito fiscal. Esto hace que el IVA que entrega al Estado es menor del que realmente debería entregar. Así el empleador retiene en forma fraudulenta una proporción de IVA que no le pertenece.

[5] *Existen otras formas de encubrir o disfrazar el alcance una relación de trabajo con el objeto de disminuir o anular por completo la protección que por mandato de la ley debe gozar el trabajador. Estas otras formas pueden realizarse dentro del marco de una relación de trabajo pero tergiversando su verdadero sentido.*

Por ejemplo se contrata a una persona a través de un contrato en donde se indica que su relación de trabajo es temporal o a plazo fijo. Pero la verdad es que la relación de trabajo existe en forma indefinida porque el contrato se prorroga una y otra vez. En este caso se está realizando una simulación de contratación temporal. (ver: artículo 26 del Código de Trabajo) Si el trabajo que realiza el trabajador responde al giro habitual de las actividades de la empresa entonces el contrato "temporal" o a plazo fijo ha sido realizado en fraude de ley y es nulo. De esta forma prevalece el contrato o relación de trabajo por tiempo indefinido y el trabajador debe gozar de todos los derechos que la ley establece para los trabajadores permanentes.

El Trabajo Decente constituye un paradigma a través del cual se universaliza la protección de todas las personas que realizan un trabajo sin importar el tipo de empleo que tenga.[7]

La protección de los trabajadores, en el marco del paradigma del Trabajo Decente, se promueve a través de programas generales y también a través de programas y políticas particulares diseñadas en función del contexto histórico, económico, social, cultural y político de cada país.

Cada país tiene, o debería tener, su propia agenda de Trabajo Decente. En cada sociedad existen problemas muy particulares con relación al déficit de Trabajo Decente. Este déficit es más agudo y relevante en los países en desarrollo.

En estos casos no se está encubriendo o disfrazando la naturaleza jurídica de la relación sino que se está tergiversando su modalidad sin salir del marco de la relación de trabajo. Se pueden observar en el sector privado principalmente en las empresas de educación privada, en el sector público en el sistema de educación conocido como PRONADE, en el sector salud a través del sistema conocido como SIAS y en muchos organismos no gubernamentales ONG´s y patronatos.

Sin embargo se considera que la "más radical forma de encubrimiento" consiste en hacer aparecer una relación de trabajo con el aspecto de una relación de naturaleza jurídica diferente, ya sea de carácter civil o mercantil. (OIT, Informe V 2003, pág. 27) Este tipo de disfraz anula todos los derechos de protección social que corresponden a los trabajadores dependientes o subordinados.

[6] *El Trabajo Decente es un concepto universal que nos permite comprender, en una sola categoría, los diferentes aspectos que comprende la protección de los seres humanos en el mundo del trabajo en la actualidad. Cuatro son los aspectos que comprende esta categoría:*

a) Derechos en el trabajo.
b) Generación de empleo remunerador.
c) Acceso a la seguridad social.
d) Diálogo social.

Estos cuatro elementos actúan como un todo, de hecho, no puede existir uno sin el otro. Son interdependientes. Cuando se dice que en un país existe un alto nivel de trabajo decente se quiere decir que existe un nivel adecuado de respeto de los derechos fundamentales en el trabajo, que existe un adecuado nivel de empleo de buena calidad que remunera dignamente a los trabajadores, quiere decir que la población tiene acceso a la seguridad social para la protección de todos los riesgos sociales y a la atención de los sectores más vulnerables; y quiere decir también que todo esto se ha logrado a través del diálogo efectivo y sincero entre las organizaciones de trabajadores, empleadores y el gobierno, lo que presupone el respeto del derecho de asociación.

Cuando se dice que en un país no hay un adecuado nivel de trabajo decente, como en Guatemala, entonces quiere decir que existe déficit en todos los aspectos anteriores y que el trabajo de las personas se está realizando por debajo de los estándares internacionales. Cuando esto es así se puede afirmar que se están violando los Derechos Humanos.

La promoción del trabajo decente es fundamental para lograr una globalización justa. Por esa razón varios países, como Honduras y República Dominicana tienen programas de gobierno específicos para impulsarlo. También existen importantes declaraciones regionales en donde los gobiernos de Centroamérica y República Dominicana se comprometen a solucionar el déficit de trabajo decente.

A veces se confunde trabajo decente con trabajo digno. Cuando se utiliza la frase "trabajo digno" se está refiriendo al calificativo que se da o debe darse a un empleo que no implica deterioro para la persona que lo realiza. En este caso la expresión hace referencia a una situación individual. El Trabajo Decente, por el contrario, es una categoría o concepto general que se utiliza, no solo en situaciones individuales, sino también cuando se hace referencia a todo un programa nacional o internacional que tiene por objeto calificar la situación laboral de cada país o, inclusive, del mundo entero en función del cumplimiento de los estándares internacionales para el respeto de los Derechos Humanos de las personas que trabajan.

[7] El carácter universal de la protección para toda persona que trabaja ha sido planteado en la Declaración de OIT de 1998 en la que se reafirmo el carácter "universal" de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo: La Libertad Sindical y Derecho de Negociación Colectiva; la Erradicación del Trabajo Infantil y de sus Peores Formas, la Eliminación de la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación; y la Eliminación del Trabajo Forzoso.

Estos Principios y Derechos Fundamentales se aplican a toda persona que realiza un trabajo y tienen como base una estructura jurídica contenida en ocho convenios de OIT: a) Libertad Sindical y Negociación Colectiva convenios 87 y 98. Eliminación del Trabajo Forzoso convenios 29 y 105; Abolición Efectiva del Trabajo Infantil convenios 138 y 182. Eliminación de la Discriminación convenios 100 y 111. Todos estos convenios han sido ratificados por Guatemala.

Las garantías contenidas en estos ocho convenios fundamentales se aplican a los trabajadores que están dentro de una "relación de trabajo" en donde las labores se realizan en forma subordinada o dependiente al empleador. También se aplican a todos los trabajadores independientes esto quiere decir que no tienen un patrono, por ejemplo: los trabajadores por cuenta propia que laboran en la economía informal, los trabajadores miembros de una cooperativa, los trabajadores familiares, los profesionales que prestan sus servicios en forma independiente a través de contratos civiles o mercantiles, los pequeños propietarios agrícolas, etc.

La idea que subyace en la promoción de Trabajo Decente es que a través de una estrategia global se vincula íntimamente el crecimiento económico y el desarrollo social. Se ha reconocido que el crecimiento por sí solo no es suficiente para asegurar el progreso social y erradicar la pobreza. Toda persona que trabaja tiene el derecho humano de participar en forma equitativa en la distribución de la riqueza que ha contribuido a crear a través de su trabajo. Parar alcanzar este objetivo es necesario promover el diseño y ejecución de políticas sociales sólidas, la justicia efectiva e instituciones democráticas.

En Guatemala la mayor amplitud del sistema de protección de los trabajadores existe en forma específica para aquellos que laboran dentro de la relación o contrato de trabajo. Para los demás trabajadores, aquellos que laboran en forma independiente o por cuenta propia,[8] existen muy limitadas garantías de protección.[9]

La protección de los trabajadores dependientes o subordinados se basa en una estructura jurídica compuesta por una serie de normas internacionales y nacionales las cuales existen como garantías sociales mínimas e irrenunciables para los trabajadores.[10]

A través de este sistema de protección legal se aseguran condiciones decentes de trabajo. Por ejemplo: fijación periódica de un salario mínimo obligatorio; límite máximo de horas efectivas de trabajo; descanso semanal remunerado, licencias con goce de salario para casos especiales, vacaciones anuales pagadas; protección de la maternidad de las trabajadoras; acceso a la cobertura

[8] *Un trabajador o trabajadora independiente es una persona que se dedica a una actividad económico-social por iniciativa de ella misma. Labora bajo su propia dirección y utiliza los medios e instrumentos propios. En este tipo de trabajo no existe dependencia con la persona que recibe los servicios.*

Lo importante o esencial en este tipo de trabajo es que el mismo se realiza en forma independiente. No es relevante en la definición de este tipo, forma o manera de trabajo, la situación económica del trabajador independiente. Por esa razón puede ser trabajadores independientes desde un artesano o un campesino que labora en condiciones de subsistencia hasta un profesional que presta exitosamente sus servicios por cuenta propia.

[9] *Por ejemplo: un pequeño productor de productos agrícolas que labora en forma independiente puede acceder a cierto nivel de protección social si pertenece a una asociación o a una cooperativa en las que se haya previsto medidas para proteger socialmente el trabajo y bienestar de sus afiliados o miembros.*

Otro ejemplo es el de los colegios profesionales que han establecido planes o programas de protección social que brindan cobertura a sus agremiados ante algunos de los riesgos sociales básicos: enfermedad, accidentes o sobrevivencia.

En todos estos casos el trabajador independiente goza de los beneficios que otorgue su propia organización pero carece de la cobertura que brinda el sistema de protección social establecido por el Estado como derechos sociales mínimos los cuales se aplican únicamente a las personas que se encuentran dentro de una relación o contrato de trabajo.

[10] *Esto se regula en los artículos 102 y 106 de la Constitución Política de la República y en el artículo 12 del Código de Trabajo.*

contra riesgos propios del trabajo: enfermedades profesionales y accidentes laborales; prestaciones sociales para la familia: recreación, educación y seguro médico; derecho a organizarse en sindicatos para defender sus derechos y negociar en forma colectiva mejores condiciones de trabajo; y acceso al sistema específico de justicia laboral.

Toda esta estructura jurídica se aplica siempre y cuando la persona contratada sea reconocida dentro de una relación o contrato de trabajo.

La diferencia entre un tipo de trabajo y el otro puede apreciarse en este ejemplo básico:

Si una mujer trabaja en forma dependiente o subordinada (dentro de una relación de trabajo) y está embarazada entonces tiene diferentes derechos que el patrono o empleador debe respetar, entre estos: la protección contra el despido por motivo de maternidad lo cual es una acto de discriminación o la protección que prohíbe la asignación de tareas que puedan poner en peligro su salud.

También gozará de un período de descanso remunerado antes y después del parto, de licencia remunerada para alimentar a su hijo y puede llegar a tener el beneficio de atención hospitalaria en el Seguro Social.

Pero si esta misma mujer trabaja en forma independiente o por cuenta propia, a través de un contrato civil o mercantil, entonces no gozará de ninguno de estos beneficios por parte de la persona que la contrate. En este caso la protección contra todos los riesgos propios de la maternidad corre a cuenta de la propia trabajadora. Es ella misma la que tiene que pagar los costos de todos estos beneficios sociales.

Si la relación laboral se disfraza ubicando a un trabajador que realmente labora en forma dependiente y se le ubica falsamente dentro de un contrato civil o mercantil, entonces se anula el derecho, para este trabajador, de gozar de la protección social que el Estado garantiza como derechos sociales mínimos a todos los trabajadores que laboran en condiciones de subordinación.

Este fraude es un problema serio para el trabajador, pero también es un serio problema económico, social y político para toda la sociedad. Incluso este fraude afecta al sector empleador.

Por estas consideraciones este tipo de fraude constituye la forma más radical de encubrimiento de la relación laboral, provoca la anulación total de los derechos laborales, aumenta el margen de desprotección para los trabajadores, altera la integridad de la estructura de empleo y destruye la posibilidad de construir Trabajo Decente para beneficio de toda la sociedad.

1.2 ¿UNA NUEVA FORMA DE CONTRATACIÓN DENTRO DE LA GLOBALIZACIÓN?

En el contexto de la globalización si el gobierno de un país, como Guatemala, impulsa una estrategia de crecimiento y desarrollo económico vinculado a la economía internacional debe, necesariamente, definir una estrategia de inserción en las cadenas de valor que rigen los procesos de acumulación económica. Estas cadenas de valor funcionan y son controladas por las empresas transnacionales.

Lo anterior significa que es muy poco probable o no es posible alcanzar el crecimiento y desarrollo de un país enajenando su economía nacional de los efectos de la globalización.[11]

[11] El planteamiento de OIT por una Globalización Justa reconoce que el actual contexto de la globalización implica una serie de transformaciones económicas, sociales y políticas que ha producido beneficios para la sociedad pero que también ha producido la agudización de las desigualdades sociales y de la pobreza de grandes estratos de la población, principalmente para los países en desarrollo.

Al establecer una estrategia de inserción en la economía mundial los efectos de la globalización se harán sentir en diferentes escenarios de la vida económica, social y cultural. Uno de los escenarios más sensibles a este tipo de efectos es, precisamente, el mercado de trabajo.[12]

Las nuevas formas en que se organiza la producción a nivel global, el desarrollo y la transferencia de capacidades tecnológicas, las características de los procesos de acumulación del capital, entre otras cosas, han transformado el modelo en que se organiza el trabajo y las relaciones laborales.

Por esta razón se ha aceptado que es poco probable que una sociedad pueda conducir su economía y su estrategia de crecimiento y desarrollo sin relación con el proceso de globalización. Pero, paralelamente a este reconocimiento, se ha señalado que también es cierto que para evitar las desigualdades sociales es necesario conducir los procesos de inserción en la economía mundial de forma que las estrategias de crecimiento y desarrollo se definan de manera integral, sin privilegiar la promoción del comercio internacional como única fuente de desarrollo, estableciendo diferentes opciones para garantizar que los beneficios económicos se distribuyan en forma justa para toda la sociedad y no solamente para una elite económica.

La regulación del mercado laboral atendiendo los cambios que son necesarios realizar para lograr una exitosa calificación mundial debe también proteger en forma universal a los trabajadores. Esto es un reto fundamental en la definición de las estrategias de inserción en la economía mundial.

Uno de los componentes más importantes en el diseño e implementación de las estrategias de inserción es, precisamente, la implementación de políticas sociales que aseguren el mejoramiento de las condiciones de trabajo.

[12] Al estudiar la economía de una sociedad es necesario utilizar categorías técnicas que permitan el conocimiento objetivo y serio de la realidad. Cuando se usa la expresión "mercado de trabajo" no se está haciendo en con sentido desfavorable para la dignidad de los trabajadores.

Por el contrario el concepto de "mercado de trabajo" hace referencia a una importante categoría económica y social que se refiere la relación existente entre los puestos de trabajo que existen realmente en una economía y la cantidad de personas que tienen o buscan trabajo. La relación entre ambos fenómenos se llama mercado.

El mercado de trabajo tiene la particularidad de que está vinculado con la libertad y la dignidad de los trabajadores por esa razón se encuentra protegido por una serie de leyes nacionales e internacionales que existen con el objeto de alcanzar trabajo decente.

En la globalización se producen una serie de fenómenos que afectan el mercado de trabajo: se destruyen puestos de trabajo y también se crean algunos nuevos empleos, se cambian condiciones de trabajo, nacen nuevas normas internacionales de trabajo y también aumenta la actitud de rechazo, por parte de los empleadores, a estas disposiciones; se debilitan las instituciones, etc.

Una de esas transformaciones ha sido el incremento de la proporción del trabajo independiente o por cuenta propia dentro de la estructura del empleo.[13] Han surgido situaciones económicas que producen y exigen el desarrollo de genuinas nuevas formas de contratación de trabajo independiente.

Muchas de estas nuevas situaciones se desarrollan fuera de la ley, porque al ser nuevas los sistemas jurídicos, normalmente, no están preparados para estas nuevas situaciones y el avance económico los sorprende al implementar formas de trabajo que no tienen regulación específica.

Esta omisión produce que los trabajadores laboren sin un marco jurídico que les proporcione una protección social mínima. Las personas encuentran un empleo pero de baja calidad. Aunque tengan un ingreso más o menos continuo al final, si se hace un balance, es inevitable apreciar el deterioro de su bienestar individual y de su familia. Este deterioro también se produce a nivel de significativas proporciones de toda la población trabajadora.

No debería sorprendernos que en el contexto de la economía actual se requiera la realización de trabajos en forma independiente o por cuenta propia.

[13] *En la economía de todos los países del mundo la estructura del empleo comprende una proporción de personas que laborar en forma dependiente o subordinada y otra en la que laboran en forma independiente o por cuenta propia.*

Lo que varía es la relación entre dichas proporciones. Por regla general siempre es mayor la proporción del trabajo subordinado con relación al trabajo independiente. En la globalización se ha observado un aumento de la proporción del trabajo independiente sobre todo por dos razones:

a) Por que definitivamente existen actividades económicas que exigen la contratación de personas en forma independiente. Muchas de estas situaciones carecen de regulaciones legales. En este caso el problema es la ausencia de leyes ante las nuevas situaciones que nacen en la economía de un país.

b) Por que se realizan fraudes para declarar como trabajador independiente a personas que laboran en condiciones de subordinación. Esta situación es diferente a la anterior y constituye un problema de aplicación de la ley que está determinado por circunstancias políticas como la debilidad institucional y por que definitivamente se recurre al fraude legal para mantener los niveles de ganancia u operación ilícita de diferentes actividades económicas.

Esto no es el problema. Lo que sí es un problema es el Estado, en lugar de preocuparse por el bienestar de la población, omite crear las protecciones sociales que impidan el deterioro del nivel de vida de los trabajadores contratados en estas nuevas situaciones de empleo independiente.

Ante este contexto el reto de la sociedad es lograr que todo empleo independiente también cuente con una adecuada protección social.[14] Esta es la tendencia mundial, proteger incluso al que trabaja por cuenta propia es una responsabilidad fundamental del Estado.

Por eso la protección social de los trabajadores es un asunto global.

También es un problema y más que un problema, es un error, impulsar una estrategia de empleo considerando que la promoción del trabajo independiente es la solución para los problemas del desarrollo social y económico. A pesar que este tipo de trabajo es necesario y merece atención y promoción, no es la forma en que labora la mayoría de la población trabajadora en todo el mundo. El rango más relevante en la estructura del empleo es el trabajo subordinado.[15]

[14] El informe V de la 91ava. Conferencia Internacional del Trabajo en 2003 indica una amplia serie de ejemplos a partir del 2,000 en donde se aprecia la tendencia de proteger socialmente a los verdaderos empleos independientes o por cuenta propia que han surgido como producto del desarrollo de la globalización. Por ejemplo se han creado acuerdos colectivos para proteger socialmente a "freelances" o trabajadores por cuenta propia que prestan sus servicios como consultores. También la propia OIT ha acogido recientemente el término de "trabajador económicamente independiente" para caracterizar a todas aquellas personas que trabajan en forma independiente pero que prestan sus servicios a uno solo cliente de manera que dependen económicamente de ese empleo para subsistir, por ejemplo: instructores, consultores, asesores, etc.. En estos casos se ha planteado la necesidad de brindar protección social a este tipo de empleos.

[15] En países industrializados como en los Estados Unidos el empleo en situación de subordinación corresponde al 92,6% y la proporción de empleadores (patronos) y trabajadores por cuenta propia es del 7,3%. En el Reino Unido esta proporción es de 88,4% y de 11,2%; en Alemania es 88,9% y de 9,9%; en Suiza es de 87,6% y 10.6%, en España es de 80,2% y de 17,2%; en Francia es de 89,6% y de 10,6%; en Japón es de 83,7% y de 10,8%.

México tiene una proporción de 62,7% de trabajo subordinado y de 28,5% de patronos y trabajadores por cuenta propia; en Argentina esta proporción de 72,3% y de 26,4%; en la República de Corea es de 62,4% y de 28,5%; en Puerto Rico es de 86% y 13,5%; en Chile es de 71,3% y 26,2%; en Brasil es de 66,6% y de 26,4%; en Colombia es de 49,3% y 44,8%.

A pesar que la globalización ha impulsado un aumento de la proporción de trabajo independiente esto no significa que esta modalidad de empleo sustituya la relevancia e importancia que el trabajo subordinado tiene en la estructura de empleo. Por ejemplo, si se analiza en Guatemala la situación de las personas en el empleo según la categoría ocupacional se observa que prevalece el empleo en situación dependiente:

CATEGORÍA DE EMPLEO	PORCENTAJE
Trabajo subordinado o dependiente *	45.8%
Patronos y Trabajo independiente o por cuenta propia **	36.7%
Trabajo familiar no remunerado	17.5%
TOTAL	**100.0%**

Elaborado con datos de la Encuesta Nacional de Empleo e Ingresos - ENEI 2004

Aclarado esto es necesario plantear estas interrogantes: ¿La práctica del disfraz de la relación de trabajo es una consecuencia de las por las nuevas tendencias de empleo independiente? ¿Es acaso una nueva forma de contratación dentro de la globalización? ¿Es una práctica que nos asegura el desarrollo social del país?

Mientras que para Centro América y República Dominicana la situación es así: Costa Rica: 68,8% y 28,3; República Dominicana: 52,3% y 42,7%; El Salvador: 60,2% y 30,9; Honduras: 46,8% y 39,7%; Panamá: 66,8% y 30,6%; de Nicaragua y Belice no se tienen datos en este informe. Guatemala se presenta en el texto principal.

El reporte estadísticos se encuentra en el anexo III, página 97, del Informe V de la 91ava. Conferencia Internacional del Trabajo de 2003.

* *Agrupa las categorías ocupacionales de: empleado de gobierno, empleado privado, jornalero o peón y trabajador doméstico.*

** *Agrupa las categorías ocupacionales de: trabajador por cuenta propia agrícola y no agrícola, patrono agrícola y no agrícola.*

Delimitar este asunto con claridad es importante porque, en Guatemala, algunos afirman que la realización de esta práctica de disfraz de la relación de trabajo con formas jurídicas que son propias del trabajo independiente constituye una necesidad ante los requerimientos económicos de la modernidad. Varios de los que sostienen este discurso afirman que es necesario realizar este disfraz para alcanzar la mayor competitividad que sea posible. Así pretenden alcanzar altos niveles de crecimiento económico y desarrollo social.

Para responder estas preguntas y analizar estos discursos es importante no dejar en el olvido que este tipo de fraude es realizado por el empleador con el objeto de evitar los costos de la contratación laboral. A través del uso inadecuado de las disposiciones legales de carácter civil o mercantil se aseguran la evasión de muchas obligaciones sociales que implican costos.

Por eso esta práctica no es una estrategia de desarrollo social. Es un fraude. Es una forma de garantizar competitividad a través del deterioro de la condiciones de vida de los trabajadores. Esta tipo competitividad riñe con los objetivos del Trabajo Decente.

La verdadera y justa competitividad se alcanza cuando se dignifica la vida de los trabajadores.

El rango correspondiente a los trabajadores dependientes o subordinados constituye la más amplia base para la aplicación de los convenios fundamentales de OIT debido a que, como ya se ha indicado en este estudio, la protección de los trabajadores se enfoca principalmente en la relación o contrato de trabajo. Es sobre esta base que puede definirse una verdadera estrategia de desarrollo social vinculada al crecimiento económico.

Realizar, fomentar y tolerar la práctica, del disfraz de la relación de trabajo, aumenta, como se ha indicado anteriormente, el rango de trabajadores sin protección y esto agudiza las desigualdades sociales y "afecta negativamente la competitividad y viabilidad de las empresas" (OIT, Informe V 2003, pág. 3)

El disfraz de la relación de trabajo es un fraude, no una nueva forma de contratación.

2 CARACTERÍSTICAS Y EFECTOS DE UN FRAUDE

2.1 ¿POR QUÉ HAY FRAUDE DE LEY?

Existen solamente dos formas en las cuales se puede contratar a una persona para que realice un trabajo a favor de otra:

a) **Trabajo por cuenta propia o independiente.**

En esta forma o situación de trabajo la persona que presta un servicio lo hace por su propia cuenta, sin depender de la persona que le ha empleado y no goza de derechos laborales o prestaciones sociales mínimas.

Esta situación puede servir de ejemplo para identificar la manera en que se realiza un trabajo independiente:

Cuando una persona contrata los servicios de un dentista u odontólogo. En este caso el cliente es el empleador y el dentista es el profesional que trabaja a favor del cliente. Pero el dentista realiza el trabajo en forma independiente, sin dependencia o subordinación al cliente. Desde un punto de vista muy general el cliente es quien emplea al dentista, es en pocas palabras el empleador. No es posible que el cliente del dentista le dirija instrucciones de cómo realizar su trabajo, tampoco sería normal que sea el cliente el que se obligue a proporcionarle, al dentista, los instrumentos y materiales necesarios para realizar el servicio dental que ha solicitado.

Por el contrario el dentista utiliza equipo, instrumentos y materiales propios. Tampoco puede ser posible que el cliente le llame la atención, al dentista, por su mal desempeño, no puede el cliente ¡iniciarle un “proceso disciplinario” al dentista! Tampoco es posible que el dentista le exija al cliente o empleador el pago de un salario mínimo, el otorgamiento de vacaciones, aguinaldos o cualquier otra prestación laboral.

b) **Trabajo por cuenta ajena, dependiente o subordinado.**

En este tipo de trabajo sí existe una dependencia o subordinación entre la persona que presta el servicio (trabajador) y la persona que lo emplea (patrono)

En esta situación de empleo el patrono o empleador tiene la obligación de proporcionar todos los instrumentos y materiales que son necesarios para la realización del trabajo; tiene el derecho de dirigir la realización de las tareas y el trabajador tiene la obligación de acatar las órdenes o instrucciones que el patrono le indique para la eficaz realización del trabajo; como consecuencia el empleador tiene derecho a disciplinar el desempeño incorrecto del trabajador. El trabajador por su parte tiene derecho a todas las prestaciones sociales mínimas que las leyes laborales establecen.

El trabajo dependiente o subordinado pertenece al ámbito de la "relación o contrato de trabajo"

Este tipo de relación o contrato es regulado por leyes que son de naturaleza de orden público.[16]

Este tipo de leyes constituyen un límite obligatorio para la voluntad del empleador o patrono y para los deseos, incluso, del propio trabajador.

En el mundo de los contratos o relaciones laborales los deseos de las partes no pueden prevalecer sobre el contenido mínimo que regula la ley.

Como toda disciplina jurídica, en el caso de las disposiciones legales laborales, también existen principios dogmáticos de validez universal. Estos principios sirven para orientar a las personas ante situaciones concretas. El contenido y la validez de estos principios se acepta como una verdad cierta, sin duda, sin discusión.

Uno de estos principios generales del Derecho del Trabajo es el que se conoce como: "primacía de la realidad"

[16] *Esto significa que todas las disposiciones legales que regulan el trabajo subordinado se aplican forzosamente independientemente de la voluntad de las personas. Su aplicación es obligatoria y aunque las personas decidan omitirlas al momento de celebrar negocios jurídicos (contratos) entonces el Estado las aplica de manera forzosa. (Ver: artículo 14 del Código de Trabajo)*

Este principio establece que en materia de Derecho del Trabajo prevalecen los hechos sobre la declaración de voluntad de las partes.[17] Por esta razón al momento de apreciar una situación concreta es necesario revisar los hechos y no las formas o los documentos que las partes hayan suscrito.

En otras palabras, en Derecho del Trabajo no importa que documentos hayan firmado el patrono y el trabajador, si los hechos demuestran una cosa diferente al contenido de estos documentos, entonces valen más los hechos que los documentos.

En este contexto el fraude legal del disfraz de la relación de trabajo se produce cuando un empleador decide contratar a una persona para realizar un trabajo que por sus características es de naturaleza subordinada o por cuenta ajena pero oculta la verdad al suscribir o realizar, en lugar de un contrato de trabajo como debería de ser, un contrato de materia civil o mercantil.

La supuesta contratación civil o mercantil de trabajo independiente es solamente un velo, una apariencia, un disfraz con el que se pretende ocultar los hechos, esto es: la verdadera relación de trabajo.

Este fraude permite al empleador evitar el pago de todas las obligaciones legales establecidas a favor de los trabajadores que ha contratado. Como se ha expuesto antes: reduce los costos del empleador.

Es un engaño que pretende tener un elegante y eufemístico estilo de

[17] *En uno de párrafos en donde se plantean los considerandos del Código de Trabajo de Guatemala, decreto legislativo 330, se establece:*

> *El Derecho de Trabajo es un derecho realista y objetivo: lo primero, porque estudia al individuo en su realidad social y considera que para resolver un caso determinado a base de una bien entendida equidad es indispensable enfocar ante todo la posición económica de las partes, y lo segundo, porque su tendencia es la de resolver los diversos problemas que con motivo de su aplicación surjan, con criterio social y a base de hechos concre¬tos y tangibles;*

Este reconocimiento político refleja claramente que el sistema legal laboral de Guatemala reconoce expresamente el principio de primacía de la realidad.

"legalidad" ya que el empleador que lo realiza intenta hacer creer que el contrato o la relación establecida con el trabajador se han realizado de conformidad con las disposiciones legales del ámbito civil o comercial (Código Civil y Código de Comercio)

Sin embargo, a pesar de esta aparente legalidad, esta práctica es un fraude de ley en vista de que el empleador ha viciado el consentimiento de este negocio jurídico al simular una apariencia jurídica diferente a la que en verdad le corresponde.

Cuando se realiza una simulación de contrato entonces el disfraz o falso contrato civil o mercantil es nulo. Esto quiere decir que el contrato civil o mercantil no tiene existencia jurídica. Por lo tanto prevalece el contrato o relación de trabajo que ha sido fraudulentamente ocultado.

2.2 LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD

Con base en este principio universal del Derecho del Trabajo puede afirmarse lo siguiente:

"El contrato o relación de trabajo es lo que la ley dice que es y no lo que las partes desean que sea"

Lo que determina la naturaleza jurídica de una relación o contrato de trabajo no es la voluntad de las partes sino la existencia de los elementos que la ley establece como criterios objetivos para la definición del ámbito de la relación de trabajo.

Por esa razón cuando se desea establecer si el trabajo es o no es subordinado, no es para nada relevante si se han suscrito documentos que indiquen que la relación es de naturaleza o materia civil o mercantil. Tampoco es relevante si estos documentos son formales, por ejemplo si han sido legalizados por un notario. En este orden de ideas, incluso no es relevante, si existen facturas contables extendidas por el propio trabajador a título de pago de honorarios profesionales.

Lo que es verdaderamente relevante es si el trabajo se ha realizado en condiciones de subordinación.

De ser así, prevalece, por mandato legal la naturaleza jurídica de un contrato o relación de trabajo.

El fundamento legal para realizar esta contundente afirmación es el tercer párrafo del artículo 19 del Código de Trabajo[18] el cual establece que:

> *"Toda prestación de servicios o ejecución de obra que se realice conforme a las características que especifica el artículo precedente, debe regirse necesariamente en sus diversas fases y consecuencias por las leyes y principios jurídicos relativos al trabajo"*

El contenido de esta disposición implica el análisis de los siguientes aspectos:

Es una norma "preceptiva"[19] Esto significa que obliga a hacer algo. En este caso obliga a aplicar las leyes y principios relativos al trabajo cuando una persona labore bajo las circunstancias establecidas en el primer párrafo del artículo 18 del Código de Trabajo.

El carácter preceptivo de esta norma está determinado por la manera en que fue redactado al indicar: "... debe regirse, necesariamente,...", esto es entonces una obligación.

---

[18] *Esta disposición se complementa con el artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial.*

[19] *Las normas o leyes laborales son imperativas, se aplican forzosamente como ya se indicó, y su carácter imperativo puede manifestarse de dos maneras:*

a) *Normas imperativas preceptivas: son disposiciones que obligan a las personas a realizar una determinada conducta o acción. Por ejemplo el Código de Trabajo en el artículo 28 obliga a documentar el contrato de trabajo; en el artículo 63 inciso "a" obliga al trabajador a desempeñar el servicio contratado bajo la dirección del patrono; el artículo 82 establece que el patrono tiene que pagar una indemnización al trabajador si lo despide en forma directa e injustificada.*

b) *Normas imperativas prohibitivas: son disposiciones igualmente obligatorias como las anteriores pero en este caso obligan a las personas a no realizar una determinada conducta o acción. Por ejemplo: en el Código de Trabajo se prohíbe a los trabajadores abandonar su puesto de trabajo sin permiso del patrono o de su representante; en el artículo 148 se prohíbe al empleador la contratación de personas menores de 14 años de edad; en el artículo 151 inciso "c" se prohíbe al empleador despedir en forma directa a una trabajadora que esté en embarazo; en el artículo 133 se prohíbe que el empleador compense con dinero el derecho de vacaciones del trabajador.*

La referencia: "toda prestación o ejecución de obra" significa: "todo trabajo". Trabajar constituye un acto a través del cual una persona presta un servicio o ejecuta una obra. Por lo tanto esta norma se aplica a todo trabajo. No se realiza ninguna excepción, es una norma de alcance general.

Lo que determina la aplicación de esta disposición es el examen sobre la forma o modo en que se realiza el trabajo (prestación de servicios o ejecución de una obra) por parte del trabajador. Indica claramente que para aplicar las leyes y principios de trabajo basta con verificar si la forma o modo de trabajar se realiza en las condiciones establecidas que enumera el artículo 18 del Código de Trabajo.

Esta ley responde al principio de primacía de la realidad. En su contenido legal se toma en cuenta los hechos, la realidad en que se trabaja y no los documentos o las manifestaciones de voluntad del empleador y del trabajador.

Si se realiza un examen sobre la forma o modo en que una persona trabaja y se establece que efectivamente está trabajando bajo las características establecidas en el artículo 18 del Código de Trabajo entonces necesariamente toda la relación entre el empleador y el trabajador tiene que regularse en sus "diversas fases y consecuencias" por los principios y leyes de trabajo.

En este caso la relación es de naturaleza o materia laboral y se tienen que aplicar todas las leyes laborales, especialmente las obligaciones labores que corresponde cumplir al empleador y que constituyen derechos sociales irrenunciables para el trabajador.

2.3 GALERÍA DE DISFRACES

Cuando un empleador realiza el fraude de disfrazar una relación de trabajo con cualquier forma de contratación civil o mercantil y el trabajador perjudicado logra demostrar que en realidad existen los elementos propios de un trabajo subordinado, entonces el empleador es responsable por el fraude cometido y debe responder por las consecuencias legales que se producen por haber encubierto la relación de trabajo.

Evidentemente un empleador que ha tomado la decisión de realizar este tipo de fraude mantendrá, en la mayoría de los casos, la afirmación que el contrato civil o mercantil que ha realizado con el trabajador es verdadero, válido y legal. Negará rotundamente la existencia de una relación de trabajo y el derecho del trabajador a la respectiva protección social.

En esta situación hay un conflicto jurídico y lo que debe hacerse es identificar el fraude y luego declarar la relación de trabajo.

Existe una diversa galería de disfraces que el empleador puede utilizar como fraude. Entre los más comunes y conocidos destacan estos:

A. El contrato civil como disfraz

Usar el contrato civil como disfraz de la relación de trabajo es una forma de "volver a la prehistoria" en el Derecho del Trabajo.

En el siglo XIX, antes de que existiera el Derecho Laboral como disciplina jurídica independiente, el trabajo de las personas se regulaba por el derecho Civil.

Precisamente por la inadecuada protección social que sufrían los trabajadores debido a las inoperantes normas jurídicas civiles fue que se creó un régimen o materia legal específica para las relaciones laborales en la nueva economía capitalista de esa época.

Todo esto sucedió durante el siglo XIX. Por eso disfrazar la relación de trabajo con un contrato civil, en el siglo XXI, es como volver al pasado lejano, en donde no existía protección social para los trabajadores.

Una de las formas más comunes de disfraz a través del contrato civil es la celebración de un contrato de "servicios profesionales". Se realiza cuando el empleador contrata a una persona bajo las condiciones establecidas en los artículos 2,027 al 2,036 del Código Civil.

En este caso pueden darse dos situaciones:

- Que la persona contratada no es un profesional universitario y que su trabajo lo realice en forma dependiente o subordinada.

- Que la persona contratada sí es un profesional universitario pero las características del servicio que presta corresponden a las de una relación laboral y no a las de un trabajo independiente de naturaleza civil.

En ocasiones el empleador, público o privado, puede celebrar un contrato de servicios profesionales y denominarlo como servicios técnicos o administrativos. Aún en esta situación se aplica el mismo análisis expuesto anteriormente.

El disfraz es más evidente si la persona que ha sido contratada como “profesional” sin poseer el título universitario que lo acredite como tal. En este caso el contrato civil es totalmente falso o nulo porque para realizar un verdadero contrato de servicios profesionales la persona empleada tiene que ser un profesional universitario y debe estar colegiado ya que esto es una condición impuesta por la Constitución Política de la República y por la Ley de Colegiación Obligatoria.

Otra forma de disfraz es la utilización de la figura civil de contrato de “obra o empresa” Esto se realiza cuando se celebra un contrato según los artículos 2,000 al 2,026 del Código Civil. En este caso lo que determina la situación de disfraz es si el servicio que presta el supuesto “contratista” se realiza bajo las características de un trabajo dependiente o subordinado.

Para que exista un verdadero contrato de obra es necesario que ésta se realice sin subordinación (dependencia continuada y dirección), por el contrario si se dan estos elementos entonces el verdadero contrato o relación es de naturaleza laboral.

También es común la utilización del contrato de “arrendamiento” de bienes muebles como forma de disfraz de la relación de trabajo. Esto lo realizan principalmente las empresas que prestan servicios de transporte público colectivo o de taxi.

El fraude consiste en que supuestamente se “arrenda o alquila” un vehículo al piloto que lo conduce a cambio del pago de una renta o cuota diaria. En estos casos de disfraz el empleador es el propietario del vehículo y

organiza la forma en que se realiza la actividad económica de prestar el servicio de transporte colectivo. Por esa razón prevalece el carácter subordinado del trabajo que el piloto realiza.

Existe entonces subordinación porque hay dependencia continuada del trabajador ya que depende continuamente a que se le proporcione el vehículo que es propiedad del empleador. También existe dirección del empleador al establecer la manera en que debe prestarse el servicio, especialmente cuando las rutas son controladas de alguna manera por el propietario del vehículo.

Una manera grosera de realizar un contrato civil de arrendamiento como disfraz de la relación de trabajo es cuando se le denomina contrato de "arrendamiento de servicios". El trabajo de las personas no puede ser considerado una "mercancía" o una "cosa" y constituye un derecho estrictamente personal. Por esa razón es imposible realizar un arrendamiento de servicios personales en cuanto que solo pueden darse en arrendamiento "cosas" según lo establece el artículo 1,880 del Código Civil.

B. <u>El Contrato Mercantil como disfraz</u>

La transformación del mercado de trabajo que resulta del proceso de globalización constituye el escenario bajo el cual se realizan, muchas veces con la justificación de "generar empleo", la contratación de supuestos trabajadores independientes bajo formas de contrato mercantil.

En principio el fraude de la utilización de los contratos mercantiles como forma de disfraz de la relación laboral es de la misma naturaleza que el que se comete con los contratos civiles.

El contrato de suministro periódico de servicios es una de las maneras comunes de disfrazar la relación laboral con un contrato mercantil. En estos casos una persona que se ha constituido como comerciante aparentemente "vende" servicios de carácter personal a otra persona. Por ejemplo el suministro del servicio de limpieza de edificios, oficinas, fábricas, hogares.

Sin embargo si la persona que ofrece el suministro lo hace bajo la subordinación de quien lo contrata, prevalecerá la relación laboral.

Otra forma es el contrato estimatorio en donde una empresa mercantil entrega mercadería en consignación a personas que ofrecen pagar el precio de la misma si la venden o devolverla en caso de que esto no sea posible venderla. Lo que realmente puede estar ocurriendo es que la relación laboral de los "vendedores" está siendo disfrazada a través de un falso contrato mercantil. Nuevamente lo que determinará el establecimiento de la verdad es si existe o no subordinación en la prestación de los servicios.

Existen otras formas de contrato mercantil tales como: transporte, participación, el contrato de outsourcing, etc. Al igual que los casos anteriores lo que determina la verdadera naturaleza jurídica del contrato es la existencia o no de subordinación.

Todas estas modalidades de disfraz pueden ser realizadas por empleadores del sector privado o público. Incluso los organismos internacionales y las organizaciones no gubernamentales pueden realizar estos mismos fraudes denominándoles con nombres similares o diferentes a los que se ha expuesto, pero en realidad constituyen los mismos casos de disfraz de la relación de trabajo.

En una situación de disfraz de la relación de trabajo a través de falsos contratos civiles o mercantiles pueden ocurrir que:

- Que el empleador omita realizar la documentación del contrato civil o mercantil. En este caso el empleador no tendrá la posibilidad de demostrar documentalmente la existencia del contrato civil o mercantil.
- Que el empleador sí documente el contrato civil o mercantil. En esta situación el empleador tiene documentos pero hay que recordar que según el principio de primacía de la realidad lo que determina la naturaleza de la relación no son los documentos sino los hechos.
- Que el empleador exija facturas al trabajador a cambio del pago del salario que le corresponde. En este caso el empleador cambia la denominación de salario por la de honorarios.

Estas situaciones constituyen circunstancias que son muy particulares para cada caso

concreto, pero no afectan en absoluto la aplicación de las leyes laborales siempre y cuando se logre determinar el fraude del disfraz de la relación de trabajo.

2.4 LA SUBORDINACIÓN ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

La legislación laboral nacional establece los "criterios legales" que permiten diferenciar una relación o contrato de trabajo de un contrato civil o mercantil.

En Guatemala el tercer párrafo del artículo 19 del Código de Trabajo establece claramente que todo trabajo realizado bajo las características del artículo 18 del mismo cuerpo legal debe ser considerado como una relación de trabajo.

La subordinación es la característica principal de un contrato o relación de trabajo y se encuentra establecida en el artículo 18 del Código de Trabajo. La relación de trabajo se determina por la existencia de cinco indicadores:

1. Vínculo económico-jurídico:

Implica que debe haber una relación entre el empleador y el trabajador. Este vínculo laboral debe ser económico porque el objeto de las obligaciones recíprocas entre las partes comprende un beneficio económico para cada uno de los sujetos.

Es un vínculo jurídico por que la definición de poderes y deberes de las partes se encuentran regulados por la ley.

No existe un vínculo económico cuando una persona presta un servicio a otra por motivo de amistad, de colaboración o ayuda comunitaria.

En estos casos la causa que une a las personas no es un beneficio económico sino el deseo de contribuir a la realización de una actividad. Por ejemplo las personas que colaboran como voluntarias en diferentes actividades sociales. En cambio cuando una persona presta sus servicios debido a una causa económica entonces sí se produce un vínculo económico característico de las relaciones de trabajo.

2. Prestación personal del servicio:

La persona que presta el servicio personal (el trabajador) en una relación laboral no puede ser sustituida por otra dentro de la misma relación.

Solamente los contratos de naturaleza civil o mercantil permiten que la persona que presta el servicio pueda ser, en algunas situaciones, sustituida por otra dentro de la misma relación contractual.

Por ejemplo cuando se contrata a un profesional para la prestación de un servicio es posible que en el mismo contrato el empleador acepte que la persona que va a realizar el trabajo lo pueda hacer en coordinación o en forma conjunta con otro u otros profesionales.

En una relación laboral una persona que cubre el puesto de otra se le denomina "interino" y está contratado dentro una relación de trabajo diferente.

3. Dependencia continuada:

En una contratación de naturaleza jurídica laboral el trabajador se encuentra sometido a laborar dentro de la estructura organizativa del patrono, esto significa que el trabajador no podría realizar su trabajo si el patrono no le proporciona todo lo necesario para la ejecución de sus laborales por ejemplo: materias primas, insumos e instrumentos.

Por esta razón el artículo 61.d de este CT establece que es obligación del patrono proporcionar al trabajador todo lo necesario para realizar el trabajo. En una contratación civil o mercantil el empleador no está obligado a proporcionar instrumentos o materias primas a la persona que se ha comprometido a realizar un trabajo, ya que ésta labora por cuenta propia, esto quiere decir que debe tener su propia herramienta y proveerse así misma de los insumos o materias primas que necesite para la realización del objeto principal del trabajo que se le ha solicitado.[20]

[20] *En algunos casos los trabajadores, dentro de una relación laboral, pueden utilizar su propia herramienta y esto no significa que ha desaparecido la relación laboral ya que los materiales y herramientas principales son proporcionados por el empleador. Por el ejemplo: un obrero de la construcción puede utilizar sus propias herramientas de carácter personal pero todo el cemento, el hierro, los andamios, la estructura total de la obra es proporcionada por el empleador.*

Dependencia continua significa concretamente que la persona que presta el servicio lo ejecuta dentro del ámbito de organización del empleador: utiliza las herramientas, las materias primas, los insumos, la organización administrativa, el mobiliario, la energía, etc. del empleador. Si todos estos elementos fueran del trabajador entonces se estaría ante un trabajo independiente o por cuenta propia.

Un aspecto interesante es el que se regula en el segundo párrafo del artículo 156 del Código de Trabajo. En los casos correspondientes al trabajo a domicilio el empleador puede intentar disfrazar la relación de trabajo a través de un supuesto contrato mercantil de compraventa. En estas situaciones la ley es clara al indicar que dicho fraude constituye una simulación.

De esta manera prevalece directamente el carácter jurídico laboral de la relación entre el trabajador y el empleador debido a que el otorgamiento por parte del empleador de las materias primas perfecciona la relación de trabajo ya que existe una dependencia continuada del trabajador con respecto a su empleador.

4. Dirección:

Dentro de las relaciones de trabajo, y únicamente dentro de éstas, el trabajador debe cumplir el "deber de diligencia". Este deber consiste en la obligación de obedecer las instrucciones que el empleador le indique sobre la manera en que debe ejecutar las labores para las cuales ha sido contratado y se regula en el artículo 63.a del Código de Trabajo.

También comprende el poder del patrono de ejercer autoridad disciplinaria sobre el trabajador cuando éste desobedezca las instrucciones relacionadas únicamente con el trabajo para el cual ha sido contratado. Esta facultad del patrono es conocida como "poder disciplinario"

Estos dos aspectos, la obligación de acatar las órdenes del patrono o empleador y el derecho de éste de disciplinar el desempeño de aquel, comprenden la característica conocida como "dirección" y es propia y exclusiva de las relaciones laborales.

En un contrato civil o mercantil de prestación de servicios personales

no puede haber dirección ya que la persona que realiza el trabajo lo hace por cuenta propia, no recibe órdenes, ni tampoco puede estar sujeta al poder disciplinario del empleador.

Esto no significa que en ciertos casos excepcionales, establecidos en el artículo 18 del Código de Trabajo, existan trabajos en los cuales el trabajador no necesita que el patrono ejerza dirección sobre su trabajo ya que por la naturaleza de las labores se requiere que el trabajador cuente con un mayor grado de formación profesional o capacitación de manera que pueda trabajar sin necesidad de ser dirigido por el patrono o sus representantes. Este es el caso de gerentes, directores, administradores y demás puestos regulados en esta norma.

En este caso la relación de trabajo sí existe debido a que si bien la dirección existe con menor intensidad[21] siguen existiendo los demás elementos.

5. Retribución:

Desde el punto de vista general todos los contratos pueden ser onerosos o gratuitos. Un contrato laboral debe de ser oneroso esto quiere decir que el trabajador debe recibir a cambio de su trabajo una retribución de cualquier clase o forma. Si la persona desea y acepta realizar sus labores en forma gratuita (por ejemplo: un voluntario) entonces la relación con el empleador no puede ser considerada como un contrato individual de trabajo.[22]

Para determinar si una persona trabaja en condiciones de subordinación es necesario revisar si concurren estos cinco elementos o indicadores en la forma o en la manera en que trabaja.

[21] Es importante señalar que la dirección en estos casos existe aunque sea en una mínima intensidad. Por ejemplo un Gerente de una sociedad anónima no recibe dirección inmediata del patrono. Pero está sometido a los mandatos de la asamblea de accionistas a través del consejo de administración o del administrador único.

[22] Esto no se aplica cuando hay una situación en donde el empleador o patrono omite el pago de salarios al trabajador y luego alega que éste se ofreció voluntariamente a realizar dicho trabajo en forma gratuita. En estas situaciones el reclamo del trabajador perfecciona el carácter oneroso de la relación de trabajo.

Si se establece la existencia de los indicadores entonces, por mandato del tercer párrafo del artículo 19 del Código de Trabajo, la relación que une al empleador y al trabajador es de naturaleza laboral.

Hay que considerar además estos tres importantes aspectos:

Aunque el empleador y el trabajador le hayan dado un nombre distinto al contrato que suscribieron, por ejemplo: contrato de servicios profesionales, contrato de servicios administrativos, contrato de arrendamiento de vehículo, contrato de outsourcing, contrato de suministro, etc., si concurren los cinco elementos de una relación laboral entonces existe un contrato o relación es de trabajo. Así lo establece el primer párrafo del artículo 18 del Código de Trabajo.

Si el contrato de trabajo, caracterizado por estos cinco indicadores o elementos, coincide con otro documento de distinta naturaleza, prevalece el contrato de trabajo según lo regula el tercer párrafo del artículo 18 del Código de Trabajo.[23]

Es completamente irrelevante la ausencia de un documento que demuestre que existe un contrato de trabajo. Según el primer párrafo del artículo 19 del Código de Trabajo el contrato existe y se perfecciona desde el momento en que se inicia la relación de trabajo y ésta se tiene por iniciada desde el momento en que el trabajador inicia a prestar sus servicios, en otras palabras "inicia a trabajar" en las condiciones establecidas en estos cinco elementos. Nuevamente lo que es jurídicamente relevante es la forma en que se ha trabajado (los hechos) y no la existencia de documentos.

[23] *Es común, en el ámbito judicial guatemalteco, que los operadores de justicia se pregunten: ¿Cómo prevalece el contrato o relación de trabajo si el documento civil o mercantil no ha sido redargüido de nulidad o falsedad?*

La respuesta a su interrogante es la institución de la nulidad ipso jure. Si un empleador realiza el fraude legal de suscribir un contrato civil o mercantil con los trabajadores y esconder así la relación de trabajo, dicho documento es nulo por mandato de la ley.

No es necesaria la declaración judicial de nulidad del documento. Basta con que se establezca la existencia de los cinco elementos para declarar la relación de trabajo. La realidad prevalece sobre el documento y da lugar a la aplicación de la normativa correcta que, en estos casos, es la legislación y los principios laborales. Es así como lo establece el tercer párrafo del artículo 19 del Código de Trabajo.

Los cinco elementos de un contrato o relación de trabajo se pueden constatar a través de la verificación de los hechos que caracterizan la forma en que se está prestando el servicio o ejecutando la obra. Cada uno de estos indicadores comprende diferentes hechos los cuales pueden demostrarse a través de diferentes medios de prueba.

2.5 LAS CONSECUENCIAS DEL FRAUDE

Son complejas y diversas las consecuencias que se producen al momento de realizar el fraude legal de disfrazar o encubrir una relación de trabajo por un contrato civil o mercantil.

En forma general pueden considerarse las siguientes consecuencias o efectos jurídicos y que implica una defraudación a importantes programas y políticas de carácter social:

A. Defraudación laboral (desprotección del trabajador)

Como se ha indicado el primer efecto es la anulación de las garantías sociales mínimas que corresponden a toda persona contratada para trabajar en condiciones de dependencia o subordinación. De esta forma se establecen condiciones de empleo precario que afectan el bienestar del trabajador y de su familia.

Si el trabajador plantea una acción para lograr el reconocimiento de la naturaleza jurídica laboral de la relación de trabajo es posible que el empleador sea considerado patrono y deba hacer efectivo el pago de todas las prestaciones laborales que adeuda al trabajador. Esta posibilidad constituye un aspecto de relevante importancia al momento de considerar la sostenibilidad y competitividad de las empresas.

Si un empleador organiza las relaciones laborales de su empresa sobre la base de un fraude legal corre altos riesgos económicos que determinan una sensible vulnerabilidad a la inversión.

B. Defraudación al seguro social

El fraude del disfraz de la relación de trabajo también implica la defraudación del pago de las cuotas patronales y del trabajador

al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social –IGSS-. En este caso la defraudación es responsabilidad del empleador ya que es éste el obligado de declarar en el IGSS a las personas que haya contratado dentro de una relación de trabajo.

Si se llega declarar la existencia de una relación laboral el empleador está obligado a pagar todas las cuotas patronales y las del trabajador, también debe pagar los intereses moratorios y la multa que corresponda.

El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) puede requerir el pago de cuotas hasta por seis años de omisión.

Los trabajadores no deberían considerarse excluidos del derecho a la cobertura del Seguro Social ya que según el marco normativo que lo regula se establece que es el empleador el responsable de haber omitido la declaración de los trabajadores ante el Seguro Social y el pago de las cuotas respectivas. Bajo este supuesto la persona que se considere trabajador de un patrono puede exigir la prestación de los servicios del Seguro Social y éste debe prestarlos. Posteriormente el IGSS debe reclamar al patrono las cuotas, multas e intereses que correspondan.

La omisión que el empleador realiza de declarar a sus empleados ante el IGSS también implica la omisión del pago de las contribuciones del empleador al Instituto Técnico de Capacitación y Productividad (INTECAP) y al Instituto de Recreación de los Trabajadores (IRTRA) Esta omisión afecta sensiblemente el presupuesto de estas instituciones.

C. Defraudación fiscal

Al realizar el fraude legal de disfrazar o encubrir una relación de trabajo con un contrato civil o mercantil es posible que el empleador solicite una factura contable al trabajador cada vez que le paga la retribución convenida por la prestación de sus servicios personales.

Se presume, dentro del ambiente del fraude legal, que el monto de la prestación de los servicios está gravado por el Impuesto al Valor Agregado (IVA) Esta situación merece estas consideraciones:

Cuando el supuesto "proveedor de servicios", que en realidad es un trabajador subordinado o dependiente que labora en una relación de trabajo, otorga una factura adquiere la obligación de declarar ante la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT) el Impuesto al Valor Agregado –IVA- que se ha generado por la supuesta prestación de sus servicios en forma independiente. Omitir dicha declaración puede ocasionar serias consecuencias tributarias, e incluso penales, para el trabajador.

- Si el trabajador realiza la declaración del IVA su salario se disminuye un 12% correspondiente a la tasa del IVA. Es necesario tener presente que el trabajador, que por el fraude legal es considerador como "proveedor de servicios", no puede descontar ningún débito fiscal ya que su actividad laboral, al realizarse bajo la dependencia continua de su empleador, no le ha generado ningún gasto. Por esta razón su salario, que es lo que verdaderamente está recibiendo, se disminuye considerablemente si decide cumplir con la obligación fiscal de declarar el 12% de IVA del supuesto servicio o trabajo independiente.

- Además el trabajador también está obligado a sujetarse al régimen del Impuesto Sobre la Renta y debe realizar las declaraciones que le correspondan según el nivel de renta que le corresponda.

- Si el trabajador acciona ante las autoridades para declarar la relación laboral y logra un fallo judicial favorable entonces queda exonerado de cumplir las obligaciones fiscales debido a que al no existir el hecho generador del impuesto entonces desaparece también la obligación de declararlo.
- Pero si el trabajador otorga facturas al empleador y no realiza ninguna acción para declarar el fraude legal del disfraz de su relación de trabajo, entonces adquiere todas las obligaciones fiscales que corresponden a un trabajador independiente o "proveedor de servicios" ya que ante el sistema institucional ha aceptado dicha calidad.

Desde la posición del empleador y dentro del ámbito creado por el fraude legal del disfraz de la relación de trabajo se producen las mismas consecuencias pero, desde la perspectiva patronal, este fraude constituye una terrible evasión de impuestos.

Esto sucede así:

El empleador utiliza la factura emitida por el supuesto "proveedor", el cual en realidad es un trabajador subordinado, para declararla como un gasto dentro del cómputo de sus operaciones. Este "gasto" o crédito disminuye el monto total de IVA que el empleador, como contribuyente, debe entregar a la SAT.

De esta manera el empleador utiliza la factura emitida por cada trabajador para realizar una fraudulenta disminución del IVA que genera por la venta de los servicios o mercancías que produce a través de su actividad empresarial. Entre más trabajadores coloque en el fraude legal del disfraz de la relación de trabajo mayor será la defraudación que realice al fisco con relación al Impuesto al Valor Agregado.

Si el trabajador realiza con éxito una acción para declarar el fraude legal del disfraz de su relación de trabajo puede ampliarse la acción ante la SAT para que se requiera al empleador la declaración correcta del IVA lo cual puede producir el requerimiento de pago de multas e intereses y posiblemente también la deducción de responsabilidades penales debido a la defraudación tributaria que ha realizado el empleador.

D. Competencia desleal e inseguridad jurídica

Los empleadores como grupo social resultan afectados negativamente cuando se extiende la práctica de este fraude legal. El primer aspecto que perjudica a los empleadores es la existencia de condiciones desleales para la competencia debido a que los empleadores que realizan este fraude obtienen una ventaja competitiva desleal ante los que no lo realizan.

Otro aspecto es que al generalizarse la realización de este fraude y al prosperar las acciones de los trabajadores en contra de la desprotección que éste provoca entonces se genera

una situación inseguridad jurídica en el sentido que los empleadores pierden la certeza de contratar con seguridad servicios personales verdaderamente independientes sin el riesgo de que posteriormente sean considerados como trabajadores asalariados.

También puede producirse un problema de disminución de productividad en el sentido de que los trabajadores sometidos a este fraude tienden a profundizar un sentimiento de "desapego" a la empresa con la consiguiente disminución de su productividad.

E. Responsabilidades ante terceros

La desprotección que genera la práctica del fraude laboral del disfraz de la relación laboral puede ocasionar daños a la salud y seguridad de las personas e incluso daños a la propia sociedad en su conjunto (OIT, V informe, 2003, pág. 16)

La evidencia más clara de este efecto puede apreciarse observando el funcionamiento del servicio de transporte público en la ciudad de Guatemala.

Desde hace varios años las empresas de transporte colectivo público y de servicio de taxi han realizado el siguiente fraude legal de disfraz de la relación de trabajo:

> *Celebran un contrato de arrendamiento de vehículo o de bus con el piloto y así el empleador evade el pago de prestaciones laborales. La cuota o el precio del arrendamiento se pactan en un precio que debe ser cancelado en forma diaria. Este precio es fijo y el piloto o "supuesto arrendatario del vehículo" deben conducir el vehículo procurando obtener un ingreso que le permita pagar la cuota del supuesto arrendamiento y a partir de ahí debe procurarse, diariamente, una proporción de ingresos que le permitan su subsistencia y la de su familia.*
>
> *De esta manera se produce un fenómeno en donde el empresario propietario de los bienes o vehículos de transporte público aparenta asociarse con otro empresario que en este caso es el piloto. Según el artículo 167 del Código de Trabajo los pilotos de vehículos que realizan la conducción de carga y de pasajeros son "trabajadores"*

eso quiere decir que prestan sus servicios se ubican dentro del ámbito de una relación de trabajo. Esta situación constituye un evidente fraude de disfraz de la relación de trabajo.

Sin embargo los trabajadores del servicio de transporte de carga y de personas laboran bajo este fraude y esto provoca que asuman los riesgos propios del empresario como propios. En otras palabras: Si no consiguen pasajeros, en el caso del transporte colectivo público de la ciudad de Guatemala, entonces no tienen ingresos propios.

Por esta razón el funcionamiento del servicio colectivo público es caótico, desordenado y peligroso. Basta observar cualquier calle o avenida para apreciar la competencia feroz entre los pilotos y sus ayudantes para obtener pasajeros.

Se han considerado falsamente "empresarios" y luchan por el pasaje que a la vez es la fuente de su subsistencia. Mientras tanto el propietario de los vehículos que es el verdadero "empresario" obtiene ganancias seguras y sin riesgo alguno.

Esta situación también produce una terrible inseguridad ya que en el caso de accidentes las responsabilidades civiles deben ser asumidas por el propietario de la unidad en forma solidaria con el piloto, aunque éste no haya sido declarado como trabajador de la empresa (artículo 1,651 del Código Civil) Pero se puede observarse que en muchos casos de accidentes las empresas evaden su responsabilidad dejando como único responsable al piloto.

Con base en esta consideración puede afirmarse que todos los esfuerzos que las autoridades municipales realizan para ordenar el tráfico en la ciudad de Guatemala enfrentan un terrible obstáculo mientras los empresarios del transporte urbano colectivo no reconozcan la relación laboral con sus trabajadores.

Otra manera de producir serios daños ante terceros es cuando este fraude se comete por el propio Estado al disfrazar la relación laboral de empleados y funcionarios públicos mediante una contratación civil o mercantil.

Si una persona está contratada por servicios profesionales por

parte del Estado se presupone que no se encuentra dentro de la relación funcional ni dentro de la estructura jerárquica que esta presupone. En ese sentido, está incapacitado para realizar actos administrativos. Si realiza funciones administrativas todos los actos pueden ser declarados nulos.[24]

Tampoco es posible que una persona contratada como "proveedor" de servicios a la Administración Pública pueda disponer de las partidas del Presupuesto Público y tampoco puede dirigir personal.[25] Estos actos también constituyen una arbitrariedad debido a que la persona nombrada en el puesto no es un empleado o funcionario público sino ha sido contratado como un "proveedor de servicios" y así no puede realizar funciones que son propias de los empleados o funcionarios públicos.

Las organizaciones sindicales consideran que esta situación es grave sobre todo cuando se comete este fraude en puestos que implican la inspección o la supervisión del cumplimiento de las leyes tales como: Inspectores de la Superintendencia de Administración Tributaria, la Procuraduría General de la Nación o el personal de la Procuraduría de los Derechos Humanos.

Por ejemplo, en un ministerio del Organismo Ejecutivo se contrata a una persona para que labore como notificador. El trabajo de esta persona consiste en hacer del conocimiento de los ciudadanos las resoluciones que la autoridad administrativa emita dentro de un procedimiento administrativo.

---

[24] *El artículo 154 de la Constitución Política de la República establece que solamente los "funcionarios públicos", y no los proveedores de servicios, son depositarios de la autoridad. Sus funciones son indelegables en otro de tipo de personas.*

Además el artículo 2, acuerdo A-118-2007 de la Contraloría General de Cuentas claramente prohíbe a cualquier persona contratada bajo el renglón presupuestario 029 manejar fondos públicos y tomar decisiones.

Por esta razón cualquier acto administrativo realizado por una persona contratada en el rubro 029 es nulo ipso jure.

[25] *El mismo artículo 2 del acuerdo citado anteriormente prohíbe que una persona contratada en el rubro 029 pueda "dirigir" personal.*

Este acto, que todos conocen como "notificación" es esencial para la validez de la resolución. Por esa razón es que el notificador debe realizar una cédula o constancia de haber notificado la resolución. Esta cédula o constancia es un documento que tiene que ser elaborado por un empleado público para que pueda producir fe y tener el valor de plena de prueba, tal y como lo establece el artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Pero sí la persona contratada como notificador por el Estado es registrada como un trabajador sin dependencia bajo lo que se conoce como renglón "029", entonces esta persona no tiene el carácter de empleado público y en ese caso las notificaciones son nulas y podría dejar sin efecto los actos administrativos de la autoridad pública.

Por el contrario si el Estado reconoce que el notificador sí labora en condiciones de dependencia entonces lo está reconociendo como empleado público y las notificaciones serán validas; pero deberán pagársele, al trabajador, todas las prestaciones sociales que se le adeudan.

En la actualidad existen varios casos de notificadores de entidades públicas que están contratados como proveedores de servicios personales temporales sin dependencia y que legalmente carecen de la calidad de empleados públicos. Esto no solo provoca desprotección social de los trabajadores sino además también deteriora la eficacia de la administración pública en detrimento de la tutela del bien común.

Son relevantes los casos en que se delega la representación del propio Estado a personas contratadas como "proveedores de servicios" y no como empleados o funcionarios públicos.

En estos casos el daño es considerable ya que se afectan los intereses del Estado y pueden afectarse directamente los intereses de los ciudadanos en casos concretos de abusos y arbitrariedades.

3 CÓMO SE ENFRENTA ESTE FRAUDE

Varios aspectos deben considerarse para definir una estrategia que permita enfrenar el fraude legal de disfrazar una relación de trabajo.

3.1 OSCURIDAD O CLARIDAD LEGAL

A nivel internacional se planteado que una de las causas del problema del disfraz de la relación de trabajo es la imprecisa regulación legal de su ámbito de aplicación. Existen diferencias entre los distintos países con relación al nivel de desarrollo de su legislación.

En el caso específico de la legislación laboral guatemalteca existe un nivel bastante satisfactorio de la legislación laboral con relación a la definición del ámbito de que es una relación de trabajo. Los artículos 18 y 19 del Código de Trabajo claramente establecen el carácter general de la definición de relación o contrato de trabajo.

Las disposiciones legales contenidas en el Código de Trabajo en los artículos citados anteriormente **no establecen excepciones.** Se considera relación de trabajo a todo trabajo que se ejecute bajo las características de subordinación reguladas por la ley.

En otros países el problema que se ha presentado es que su legislación realiza una serie de excepciones para indicar que trabajos no constituyen una relación laboral. En este tipo de países se ha impulsado una tendencia para mejorar las leyes estableciendo disposiciones más generales en donde se disminuyan los casos de excepción. De esta manera, a través de definiciones generales, como la que existe en Guatemala, se protege de mejor manera a los trabajadores. (OIT, Informe V, 2003, página 37)

Contrariamente, en Guatemala como ya se indicó, la legislación establece una definición general lo cual la coloca como una regulación adecuada a la tendencia mundial. Desde el punto de vista técnico el diseño de ley laboral guatemalteca es claro y sencillo. Podrían realizarse mejoras en la medida que se establezcan nuevas disposiciones que complementen la definición de la relación de trabajo

en situaciones precisas de disfraz o encubrimiento. También puede complementarse la legislación estableciendo sanciones severas y específicas para los casos en que un empleador disfrace o encubra una relación de trabajo.

Todas estas iniciativas podrían mejorar la estructura legal que actualmente existe, a pesar que ésta es adecuada por el momento. Sin embargo es preciso enfatizar que no es necesario realizar reformas legales para adecuar la legislación guatemalteca con el propósito de definir cuando existe una relación de trabajo y cuando existe un contrato civil o mercantil. El propio Gobierno de Guatemala declaró ante la OIT que en algunos casos efectivamente existen problemas para determinar la existencia de relaciones de trabajo, refiriéndose a las situaciones de disfraz o encubrimiento, debido a problemas de aplicación de la ley e indicó expresamente lo siguiente:

> *"La legislación guatemalteca es suficientemente clara al respecto. El problema es de aplicación de la misma"*[26]

Queda claro que el problema es la efectiva aplicación de la ley y no su diseño.

A. <u>La recomendación 198 de OIT</u>

Las recomendaciones internacionales del trabajo no están sujetas a ratificación por parte de los estados miembros de OIT. A pesar de no tener la misma naturaleza obligatoria de los convenios constituyen importantes instrumentos internacionales para contribuir a orientar las políticas públicas de cada país y sí establecen ciertas obligaciones para el gobierno de Guatemala.[27]

[26] OIT. Informe V (2A) La Relación de Trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 2006. Ginebra, Suiza, Página 23.

[27] Según el artículo 19.6 de la Constitución de la OIT los estados miembros tienen la obligación de someter a las autoridades competentes la recomendación que haya sido aprobada por la Conferencia Internacional. Esto significa que el gobierno de Guatemala debe adecuar la legislación y la práctica nacional en función de las recomendaciones y observaciones que el contenido de la recomendación establezca.

Además el gobierno está obligado a informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, cuando lo solicite el Consejo de Administración, sobre el estado de la legislación y la práctica con respecto a los asuntos tratados en la recomendación.

La polémica recomendación 198 de la OIT fue aprobada en la 95ava. Conferencia Internacional del Trabajo en 2006.[28] Trata sobre la necesidad de asegurar la protección de los trabajadores dentro de una relación de trabajo y fomentar el Trabajo Decente dentro del marco de prácticas fraudulentas que limitan el ámbito de aplicación de la relación de trabajo.

Es producto de una discusión que sobre este tema se inicio en la OIT desde 1997 como resultado de la preocupación sobre los efectos de la globalización en la estructura de los mercados laborales y en el deterioro de la protección de los trabajadores en el mundo.

Se han realizado por lo menos cuatro comisiones específicas (1997, 1998, 2003 y 2006) en donde paulatinamente se ha abrazado la idea de promulgar un convenio internacional sobre la relación de trabajo. Sin embargo la profunda discusión y el fuerte desacuerdo entre gobiernos, sindicatos y empleadores no han permitido alcanzar el nivel de consenso necesario para suscribirlo.[29]

El contenido de esta recomendación número 198 fue preparado con base en un intenso estudio de las particularidades de varios de los países miembros de la OIT.

[28] El 15 de junio de 2006 en la 21ava sesión de la Conferencia Internacional fue aprobada esta recomendación con 329 votos a favor, 94 en contra y 40 abstenciones. El quórum era de 286 delegados y la mayoría de dos tercios, necesaria para declarar su aprobación, era de 283 votos. Es importante observar que la aprobación de esta recomendación se realizó con un número total de votos superior al mínimo constitucionalmente requerido. El sector empleador ha manifestado el eufemismo de que esta recomendación es un instrumento bipartito y no tripartito en vista del desacuerdo de este sector con el texto sometido a discusión, sin embargo, la recomendación fue aprobada en forma valida y legítima por la Conferencia Internacional. De hecho algunos empleadores votaron a favor de su aprobación.

Resalta el hecho de que el representante empleador de El Salvador el Sr. Tomasino Hurtado fue uno de los pocos delegados empleadores que voto a favor de la aprobación de esta recomendación. En el registro de las votaciones no aparece ningún voto, en contra o a favor, ni abstención alguna por parte del delegado empleador guatemalteco. Mientras que el Sr. Adolfo Lacs Palomo, delegado sindical guatemalteco, voto a favor de la aprobación de la recomendación. Las señoras Chávez Bietti y Martínez Galindo, ambas delegadas guatemaltecas gubernamentales, se abstuvieron de votar, situación que contrasta con los gobiernos de República Dominicana y de Honduras que votaron a favor.

[29] Es importante resaltar que el sector empleador ha manifestado su acuerdo en que el fraude del disfraz de la relación de trabajo es una práctica inaceptable. Sin embargo los empleadores no han estado de acuerdo con los demás asuntos tratados dentro del problema de la relación de trabajo.

Para el efecto la Oficina Internacional del Trabajo preparó y envió un cuestionario en 2005 a más de 70 estados de diferentes regiones, diferentes tradiciones y ordenamientos jurídicos, con el objeto de que cada gobierno, en consulta con las organizaciones sindicales y de empleadores planteara sus opiniones.[30]

De esta forma el proyecto de recomendación atendió a las particulares condiciones en que se desarrolla la relación de trabajo en diferentes regiones del mundo y atendiendo a las diferentes tradiciones jurídicas.

El contenido de esta recomendación comprende importantes orientaciones para implementación de políticas nacionales[31] dirigidas hacia la protección de los trabajadores que se encuentran dentro de una relación de trabajo. Brinda importante orientación sobre la definición de las categorías de los trabajadores que deben ser protegidos, la interrelación de diferentes normas internacionales, el fortalecimiento del diálogo social, a través de procesos de consulta y de negociación colectiva, para el establecimiento de medidas específicas en el ámbito nacional.

Especialmente establece que: una política nacional de protección de los trabajadores debe como mínimo luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas para evitar que acuerdos contractuales generen desprotección en los trabajadores.

Comprende también una importante serie de consideraciones para que, desde la perspectiva de una política nacional, se defina con claridad los elementos de una relación de trabajo con base en la existencia de indicadores que denoten que el trabajo se realiza bajo subordinación o dependencia. Resalta la importancia del principio de "primacía de la realidad" para la resolución de controversias.[32]

[30] *El gobierno de Guatemala informó a la Oficina Internacional del Trabajo haber consultado a ambos sectores. Sin embargo solamente se cuenta con las opiniones del sector empleador. Para acceder a las respuestas de cada sector ver: Oficina Internacional del Trabajo, Informe V (2A) La Relación de Trabajo, 95ava. Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006.*

[31] *Párrafos 1 al 8 del texto de la Recomendación 198 de OIT.*

[32] *Párrafos 9 al 13 del texto de la Recomendación 198 de OIT.*

Finalmente la recomendación establece una serie de lineamientos para asegurar la implementación de medidas que aseguren el cumplimiento efectivo de la ley a través del establecimiento de apropiados mecanismos de resolución de conflictos sobre la base de que estos sean rápidos, justos y eficientes.

Resalta el papel de la inspección de trabajo y la necesidad de considerar el aspecto de género al tratar la situación de las trabajadoras que no cuentan con protección laboral. Indica directamente la necesidad de que a través del diálogo social y la negociación colectiva se establezcan, a nivel nacional, medidas que desincentiven la realización de este fraude.[33]

3.2 LAS AUTORIDADES COMPETENTES

En Guatemala, el incumplimiento de la ley y la debilidad institucional para garantizar su aplicación constituye la principal causa del problema del fraude del disfraz de la relación de trabajo.

Es una tendencia persistente en los países en desarrollo abandonar el uso correcto de los "medios tradicionales que existen para ejecutar la ley" (OIT, Informe V, 2003, página 38)

Por esta razón es muy difícil impedir que este tipo de fraude se deje de realizar, a menos, que se fortalezcan las instituciones y autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. La única autoridad pública que puede declarar la validez de una relación laboral que ha sido disfrazada o encubierta con la apariencia de un contrato civil o mercantil de prestación de servicios personales son los tribunales o jueces de Trabajo y Previsión Social.

Si un trabajador considera que su relación de trabajo ha sido disfrazada con un contrato civil o mercantil y desea obtener la declaración de sus derechos laborales debe plantear una demanda ordinaria ante un juez de trabajo. La Inspección General de Trabajo no puede declarar una relación de trabajo cuando

[33] *Párrafos 14 al 22 de la Recomendación 198 de OIT.*

exista una situación de disfraz o encubrimiento, pero juega un papel muy importante en la constatación de los elementos o indicadores de la subordinación. Por ejemplo:

Si una persona ha sido contratada por un empleador en una situación de disfraz de la relación de trabajo puede denunciar el hecho a la Inspección General de Trabajo. Por medio de un inspector de trabajo se deberá realizar una inspección en el lugar de trabajo. Este funcionario no podrá, mientras el empleador insista en mantener el fraude, declarar la existencia de la relación de trabajo. Pero sí es posible que un inspector establezca las condiciones laborales en que la persona denunciante está prestando sus servicios. El inspector puede hacer constar hechos que son propios de los indicadores de una relación laboral, tales como: establecer si existe o no un horario obligatorio de trabajo, establecer si se realizan procesos disciplinarios al trabajador denunciante por el desempeño de sus labores, establecer si los materiales, insumos e instrumentos de trabajo son propiedad del empleador, etc. Esta diligencia sería muy útil para la discusión de este asunto en un juicio ordinario laboral por que los hechos constatados por un inspector de trabajo a través del acta respectiva tienen valor probatorio de plena prueba según el artículo 361 del Código de Trabajo que remite al artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.3 LOS PROCEDIMIENTOS

La discusión sobre la naturaleza jurídica de la relación de trabajo constituye un conflicto jurídico de carácter individual. Por esta razón son competentes para conocer del conflicto los tribunales de trabajo y previsión social.

El procedimiento que corresponde en este tipo de reclamaciones es el Juicio Ordinario.[34]

[34] *El juicio ordinario es un proceso común de conocimiento y de declaración de derechos. En estos casos es necesario que el juez primero conozca los argumentos de ambas partes y luego de valorar, según las reglas legales correspondientes, las pruebas de cada una de las partes debe proceder a declarar o no los derechos laborales exigidos por el actor, en este caso la persona que se considera trabajadora del empleador.*

Por eso es muy importante que el trabajador este en la capacidad de probar adecuadamente cada uno de los elementos o indicadores de la relación de trabajo ya que de eso, y únicamente de eso, debería de depender toda la posibilidad de éxito o fracaso de su reclamo.

Es necesario que la persona interesada en lograr el reconocimiento de la relación de trabajo plantee una demanda en contra del empleador.

Esta demanda la puede plantear por dos causas:

- Reclamar por el despido que considera injustificado. Cuando hay un fraude de este tipo el empleador simplemente termina el falso contrato civil o mercantil, entonces el trabajador tiene que considerarse despedido en forma directa ya que para él no existe un contrato civil o mercantil sino una relación laboral. Por esa razón la demanda se presenta como una reclamación por despido directo injustificado.
- Reclamar directamente el reconocimiento de la relación de trabajo. Esto implica que la acción se presenta cuando la persona aún está prestando servicios al empleador y alega que el contrato civil o mercantil es nulo y que realmente existe una relación laboral por lo que reclama el pago de las prestaciones sociales mínimas que le corresponden.[35]

Una vez planteado el juicio el juez de trabajo y previsión social debe impulsarlo de oficio. Si el empleador considera que no existe la relación de trabajo y plantea una excepción de incompetencia por razón de la materia debe hacerlo en el plazo de tres días después de haber sido notificado según lo establece el artículo 309 del Código de Trabajo.[36]

[35] Otra forma que se ha observado a través de la cual se intenta declarar la relación laboral es cuando existe un sindicato de trabajadores. En estos casos las personas contratadas falsamente a través de contratos civiles o mercantiles solicitan al sindicato de trabajadores que se les reconozca como afiliados. Al momento en que el trabajador y el sindicato reclamen ante el empleador las prestaciones laborales correspondientes corresponderá al empleador demostrar que no existe tal relación laboral.

[36] Consideración especial merece la lamentable tendencia de muchos abogados, que asesoran empleadores que cometen este tipo de fraude, de plantear un Conflicto de Jurisdicción alegando precisamente que la naturaleza jurídica de la relación es civil o mercantil.

En estos casos es evidente la improcedencia de esta acción en cuanto que el conflicto de jurisdicción tiene por objeto la discusión sobre a quién le corresponde la facultad jurisdiccional cuando se tiene duda entre una autoridad administrativa y una autoridad judicial. Pero no procede en absoluto para discutir la competencia civil o laboral de un asunto.

Si esta excepción se plantea en tiempo entonces será tramitada como un incidente de hecho. En este proceso incidental se determinará si realmente existe una relación de trabajo.

En este caso el trabajador demandante tendrá dos días de audiencia para exponer los motivos por los cuales considera que sí existe una relación de trabajo. En esta exposición es muy importante explicar con claridad como en la realidad se produjeron los elementos de la relación de trabajo según lo establece el artículo 18 y 19 del Código de Trabajo. También es muy conveniente utilizar el contenido de la Recomendación 198 de la OIT e insistir en que en los conflictos laborales debe abordarse el debate según el principio de primacía de la realidad.

Si la excepción de incompetencia es declarada sin lugar entonces ha quedado demostrada la existencia de una relación de trabajo y el disfraz realizado a través de un falso contrato civil o mercantil. Si la excepción es declarada procedente entonces el actor es considerado como un trabajador independiente y carece de los derechos propios de una relación de trabajo.

Un aspecto importante de este tipo de procesos incidentales es el período de prueba. Es necesario enfatizar que los hechos que son sujetos a prueba consisten precisamente en el establecimiento de los indicadores de la subordinación y pueden ser demostrados a través de todos los medios generales de prueba que establece el artículo 128 del Código Procesal Civil y Mercantil.[37]

Los empleadores plantean esta acción con el único propósito de suspender las audiencias del juicio ordinario. Por lo tanto el problema corresponde al control del ejercicio ético de los abogados ya que el abuso de procedimiento constituye una violación al artículo 19 del Código de Ética del Colegio de Abogados y Notorios de Guatemala.

Tanto los jueces como la parte afectada deben denunciar a los abogados que abusan de los procedimientos planteando estas acciones que tienen como único propósito demorar la justicia.

[37] *Es importante enfatizar que la prueba de los indicadores que determinan la existencia de la relación laboral se debería realizar únicamente sí el demandado ha planteado una excepción de incompetencia por razón de la materia. Si el demandado no planteo esta defensa y comparece a juicio ordinario laboral entonces el período de prueba no debería realizarse sobre la base de discutir la existencia o no de la relación laboral ya que la competencia ha sido aceptada por el demandado desde el momento que ha comparecido a juicio laboral sin oponer una excepción de incompetencia.*

La manera en que pueden utilizarse cada uno de estos medios de prueba depende de cada caso concreto. Es posible considerar como ejemplos generales los siguientes:

La Confesión Judicial: A través de un interrogatorio dinámico puede plantearse al empleador demandado una serie de preguntas para determinar los aspectos esenciales de la subordinación: dependencia continuada y la dirección. Es importante que estas preguntas se diseñen sobre la base de los hechos alegados en el procedimiento judicial.

Este medio de prueba también puede realizarse combinando el reconocimiento de documentos lo cual lo hace bastante efectivo para demostrar la existencia de una relación de trabajo.

Por ejemplo si en el empleador ha emitido manuales o reglamentos administrativos de trabajo en donde se establezcan instrucciones para los empleados puede pedirse el reconocimiento de los mismos a través de una serie dinámica de preguntas que permitan demostrar que efectivamente ejerció o ejerce dirección sobre el trabajador.

Documentos: Este es un medio de prueba común y efectivo. El empleador que realiza el fraude del disfraz de la relación de trabajo normalmente presta mucha atención a la construcción del fraude. Muchas veces suscribe sendos contratos civiles o mercantiles con cláusulas en donde se ha redactado, con frenética insistencia, que no existe relación laboral. Pero ya en la administración del trabajo que realiza la persona contratada el empleador parece relajarse y lo trata como tal, es decir, como un empleado o trabajador subordinado.

De esta cuenta es que en muchos casos los empleadores, después de haber hecho los contratos civiles o mercantiles, termina documentando instrucciones, órdenes, llamadas de atención, etc., en donde claramente ejerce dirección sobre el trabajador. Inclusive llega, en el mejor de los casos, reconocen expresamente por escrito la existencia de un contrato de trabajo o de una relación laboral.

Estos documentos administrativos del empleador constituyen valiosos medios de prueba de la existencia de la relación laboral.

Estos documentos pueden ser utilizados como medio de prueba en el incidente en donde se discuta, a través de la excepción de incompetencia, la verdadera naturaleza jurídica de la materia de la relación que une al actor con el demandado.

Las actas de los inspectores de trabajo tienen el valor probatorio de PLENA PRUEBA. Si antes del planteamiento del proceso judicial se realizó una diligencia de inspección en donde se hicieron constar las condiciones en que se realizaba el trabajo, entonces esta acta es un valioso documento de prueba de los elementos de la relación laboral.

Testigos: Son útiles las declaraciones de los trabajadores que ejercen dirección y que representan al empleador. A través de interrogatorios dinámicos puede demostrarse la existencia de los elementos de la relación de trabajo.

Por ejemplo un Gerente General puede declarar como testigo ya que a él le consta que la dirección de la empresa se realiza a través de mecanismos y sistemas de control, evaluación y disciplina vertical que pueden ser aplicados a todos los trabajadores. Una declaración de este tipo demuestra la existencia de subordinación. Hay que tomar en cuenta que si declara lo contrario eso significaría que la empresa no tiene ningún mecanismo de control y eso es muy poco probable que sucede en el contexto económico actual.

Inspección Ocular o Reconocimiento Judicial: Sobre todo en conflictos colectivos este medio de prueba es muy útil ya que permite al juez determinar en forma directa elementos de la relación de trabajo como la dependencia continuada. Por ejemplo, un juez puede llegar a una empresa y determinar directamente que las materias primas, los instrumentos y demás insumos son proporcionados por el empleador para la realización de los servicios que deben realizar las personas contratadas.

Presunciones: Este medio de prueba previsto por el ordenamiento legal guatemalteco constituye más que toda una forma lógica de platear los hechos que fundamentan el argumento a favor de la existencia de la relación de trabajo.

Si el empleador demandado omite el planteamiento de esta excepción de incompetencia por razón de la materia entonces el juez de trabajo y previsión social debe continuar el impulso del proceso y no puede aceptar que durante el juicio ordinario se discuta la naturaleza jurídica de la relación laboral que une al actor con el demandado.

Ha sido frecuente que los jueces comentan el error de aceptar la discusión de la naturaleza jurídica de la relación laboral durante el desarrollo del juicio ordinario. Esto lo hacen porque muchos empleadores que han sido demandados cometen el error de plantear en la contestación de la demanda el debate sobre la naturaleza o materia jurídica de la relación que le une con el actor. Esto es un grave error procesal por los siguientes motivos:

Según el artículo 103 de la Constitución Política de la República y el artículo 283 del Código de Trabajo un juez de trabajo conoce únicamente reclamaciones relacionadas con conflictos laborales. Por lo tanto, una vez emplazadas las partes para comparecer a juicio oral laboral se da por hecho que la relación que les unió es de tipo o naturaleza jurídica laboral.

Si el demandado (el empleador) considera que la relación no es de tipo laboral sino por el contrario su naturaleza jurídica es de tipo civil o mercantil entonces necesariamente debe interponer la excepción de incompetencia por razón de la materia.

Si el demandado no plantea la excepción de incompetencia por razón de la materia se produce una situación de prórroga automática de la competencia o lo que se conoce también como aceptación tácita de la relación laboral, esto se encuentra regulado en el artículo 4 inciso 3ero., del Código Procesal Civil y Mercantil.

Por esta razón es que al momento en que el demandado comparece al juicio oral laboral sin haber interpuesto la excepción de incompetencia por razón de la materia se perfecciona el emplazamiento del Juez de Trabajo y Previsión Social, se está dando *"prevención al juez que emplaza"*, esto se regula en el artículo 112.2.a del Código Procesal Civil y Mercantil.

A pesar que las leyes procesales son claras y no debería haber margen de confusión en la judicatura muchos jueces de Trabajo y Previsión Social permiten a los empleadores demandados que no plantearon la excepción de incompetencia contestar la demanda para discutir, dentro del período de prueba del juicio ordinario, la naturaleza de la relación jurídica que sostuvieron con el actor. Esto no solo es improcedente sino además, provoca una serie de obstáculos procesales y demoras injustificadas del juicio ya que el procedimiento probatorio se ve obstaculizado de esta manera: El procedimiento ordinario llega a la fase de prueba. Si el trabajador que demandó ofreció como medio de prueba la exhibición de documentos por parte del empleador demandado, por ejemplo: contrato individual de trabajo, libro de salarios, planillas de pago de la cuota del IGSS, etc. Entonces el juez debe exigir la exhibición de los mismos.

Evidentemente el empleador demandado no exhibirá dichos documentos porque considera que no existe una relación laboral y en consecuencia no está obligado a tenerlos. Pero a esas alturas del proceso ordinario la relación laboral ya fue aceptada por el demandado. Esto es así porque al haber comparecido al juicio ordinario laboral y al haberse negado a exhibirlos los documentos ofrecidos como pruebas por el actor, procede la aplicación de las consecuencias previstas en el artículo 353 del Código de Trabajo.

Finalmente se deberá dictar una sentencia en donde, seguramente de no haberse planteado la excepción de incompetencia o de haber sido declarada sin lugar, se condenará al empleador todas las prestaciones legales que correspondan.

En esta sentencia laboral puede certificarse para el conocimiento de otras autoridades, por ejemplo: el IGSS o la SAT, todos los hechos que puedan constituir infracciones o defraudaciones por parte del empleador que ha cometido el fraude del disfraz de la relación de trabajo.[38]

[38] *Inclusive procede la certificación de lo conducente a la Inspección General de Trabajo para que establezca las omisiones en las que ha incurridos el empleador, por ejemplo: carecer de contratos de trabajo, de reglamento interior de trabajo, de informe anual, etc.*

3.4. LAS FACTURAS, ¿ANULAN LA RELACIÓN DE TRABAJO?

A parte de las demoras judiciales injustificadas la interpretación arbitraria de las leyes laborales por parte de los tribunales de Trabajo y Previsión Social constituye la principal causa que genera la impunidad de los fraudes realizados por los empleadores para disfrazar la relación de trabajo.

El artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial y el artículo 17 del Código de Trabajo establecen como deben interpretarse las leyes laborales. Los jueces tienen que interpretar la ley bajo las reglas que las propias leyes establecen. Utilizar el criterio personal como base de interpretación de la ley para resolver conflictos es igual a: arbitrariedad. De esa forma la justicia pierde totalmente legitimidad.

Si el artículo 19 del Código de Trabajo indica que para determinar la existencia de un contrato o relación de trabajo debe apreciarse la concurrencia de los elementos fácticos establecidos en el artículo 18 de esa misma ley, entonces es eso lo que el juez debe apreciar. Así lo regula ley, precisamente para proteger a los trabajadores contra el fraude del disfraz de la relación de trabajo.

Sin embargo los jueces suelen dejar de lado la ley y atender a "criterios personales" como sucede al momento de valorar facturas emitidas por el trabajador para obtener el pago de su salario.

Cuando un empleador exige facturas a una persona con el propósito de asegurar la efectividad del fraude de disfrazar la relación laboral que verdaderamente les une, se tiende a pensar equivocadamente, que desde el momento en que se extiende la factura el trabajador ha perdido el derecho a reclamar las prestaciones laborales que son propias en una relación de trabajo.

Esta apreciación constituye un grave error. Las leyes laborales son de orden público, esto significa que la voluntad de las partes está limitada por la ley, entonces el hecho de suscribir una factura dentro de una situación de fraude legal no puede tener ningún efecto

negativo en la posterior declaración de la relación de trabajo. Esto es así porque los hechos prevalecen sobre la voluntad de las partes.

Si una factura fuera suficiente para demostrar por sí misma la inexistencia de una relación de trabajo entonces también un documento en donde el trabajador haya firmado un contrato civil o mercantil podría tener el mismo efecto. Todos sabemos que esto no es posible, porque aunque el trabajador haya firmado un documento que contiene un contrato civil o mercantil, si la forma o modo en que realiza su trabajo es bajo condiciones de subordinación por mandato legal prevalece la relación laboral sobre todos esos documentos.

Además se puede considerar los siguientes argumentos:

Una factura es un documento obligatorio que todo contribuyente al IVA debe extender por los servicios que preste (artículo 29 de la Ley del IVA) Es muy importante establecer que la emisión de una factura al momento de recibir la remuneración por la prestación de un servicio presupone que este servicio se ha prestado en condiciones de independencia o por cuenta propia. No tiene validez la emisión de una factura cuando el trabajo que se prestó fue realizado en condiciones de dependencia o subordinación (inciso 2, artículo 2 de la Ley del IVA)

A pesar de esto los empleadores que comenten el fraude del disfraz de la relación de trabajo exigen al trabajador la presentación de una factura o de lo contrario no les pagan la retribución contenida. En este caso, aunque la factura haya sido otorgada por el trabajador, ésta no prueba por sí misma la inexistencia de la relación laboral ya que, como se ha indicado anteriormente, la relación laboral se establece examinando los hechos y no los documentos. Lo que determina la naturaleza jurídica de la relación de trabajo es la forma o modo en que se labora.

En todo caso, si el trabajador demuestra con pruebas suficientes la existencia de los indicadores de la relación laboral, ésta debe ser declarada por el juez. En este caso las facturas únicamente demuestran dos cosas:

El monto del salario percibido por el trabajador. No importa que en el texto de la factura se haya indicado que la retribución se realizó en concepto de honorarios y no en concepto de salario. Al declararse la existencia de la relación laboral estos documentos demuestran el monto del salario en vista de que el artículo 1 del convenio 95 de OIT, ratificado por el Estado de Guatemala, establece que es salario toda retribución que el empleador otorgue a un trabajador independientemente del nombre que se le dé y del modo de cálculo que se utilice.

Demuestra la defraudación fiscal cometida por el empleador. Al declararse la validez de la relación de trabajo automáticamente se declara nulo el contrato civil o mercantil que se utilizó como disfraz de la relación de trabajo. Si se declara nulo el disfraz entonces es nulo también la declaración del crédito fiscal generado por un servicio personas que nunca fue independiente. En este sentido el empleador, como contribuyente al IVA, debe entregar a la SAT el impuesto que ha retenido, la multa y los intereses moratorios que correspondan.

Las facturas no demuestran la naturaleza jurídica de una relación de trabajo.

Por lo tanto es un error considerar su sola existencia niega el acceso a la protección social de una persona contratada para trabajar en condiciones de subordinación.

Por el contrario la serie de facturas que el demandado presenta ante el juez demuestra el "pago periódico" de una cantidad de dinero y esto, según los criterios establecidos en el inciso "b" del párrafo 13 de la Recomendación 198 de la OIT, constituye un elemento para determinar la existencia de la relación de trabajo.

No es relevante que se identifique a este pago bajo el concepto de "honorarios" ya que el artículo 1 del Convenio 95 establece claramente que no importa la denominación que las partes le den a la remuneración, de todas formas se considera salario a todo pago o retribución que el patrono o empleador otorgue a un trabajador por prestación de sus servicios subordinados.

3.5 CÓMO DIAGNOSTICAR UNA SITUACIÓN DE DISFRAZ LABORAL:

Una persona puede obtener un empleo a través de contrato civil o mercantil y existe la posibilidad que se encuentre en una situación de disfraz de la relación de trabajo. Para determinar si existe o no un fraude es necesario, como ya sea expuesto anteriormente, realizar un análisis y determinar si existen los elementos propios de una relación de trabajo.

Las siguientes preguntas pueden ayudar a establecer o a diagnosticar si existe o no una situación de disfraz de relación de trabajo:

- ¿Tiene usted un jefe o superior jerárquico en su trabajo?
- ¿Le han llamado la atención alguna vez por equivocarse en su trabajo?
- ¿Recibe órdenes o instrucciones sobre la manera en que debe trabajar?
- ¿Está sujeto a algún reglamento o manual de funciones en su trabajo?
- ¿Le envían memorandos de cómo debe realizar su trabajo?
- ¿Debe cumplir un horario de trabajo?
- ¿Si incumple el horario de trabajo, le llaman la atención?
- ¿El empleador le proporciona los instrumentos que utiliza para realizar su trabajo?
- ¿El empleador le proporciona las materias primas para realizar su trabajo?
- ¿Usted depende de la organización del empleador para realizar su trabajo?
- ¿Las oficinas o el lugar donde usted trabaja es propiedad del empleador?
- ¿Los vehículos que utiliza son propiedad del empleador?

Si la respuesta a estas preguntas es afirmativa entonces es posible que exista una situación de disfraz debido a que estas condiciones de trabajo son propias de un empleo subordinado, dependiente o por cuenta ajena ya que constituyen elementos propios de la subordinación tales como: la dependencia continuada y la dirección.

[39] *Estas preguntas son solamente un ejemplo. Para determinar la existencia del disfraz de la relación de trabajo es necesario realizar un estudio particular para cada caso.*

4 ENFOQUES Y POSICIONES DE LOS ACTORES SOCIALES:

4.1 LOS SINDICATOS

El sector más afectado por el disfraz de la relación de trabajo está constituido por los sindicatos de trabajadores.

Este fraude afecta directamente la posibilidad de afiliación de un trabajador a una organización sindical. Afecta también la posibilidad de constituir sindicatos de trabajadores en relación de dependencia. Vulnera directamente el ejercicio del derecho fundamental de Libertad Sindical y de Derecho de Negociación Colectiva.

Esto deteriora significativamente la capacidad de la sociedad para fomentar el Trabajo Decente y la posibilidad de superar las secuelas del conflicto armado en Guatemala disminuyen considerablemente.

El fomento del Trabajo Decente permite a las sociedades pos conflicto armado desarrollarse y superar las consecuencias económicas y sociales del enfrentamiento.

El desafío de los Sindicatos consiste en alcanzar el mayor nivel de protección para todos los trabajadores. Esto significa que deben realizar acciones para el reconocimiento o declaración de la relación de trabajo en aquellos casos en que se encuentre disfrazada o encubierta.[40]

Esto implica enfrentar la circunstancia que por la necesidad de acceder a un empleo los trabajadores normalmente asumen una actitud pasiva ante este tipo de reclamaciones. De ahí la necesidad de impulsar campañas de información sobre los derechos

[40] Una acción radical puede ser aceptar la afiliación de trabajadores cuya relación de trabajo se encuentra disfrazada o encubierta por el fraude cometido por el empleador y luego reclamar para estos afiliados los derechos propios de una relación de trabajo. Ante esto el empleador seguramente negará el reconocimiento de tales derechos aduciendo que no existe una verdadera relación de trabajo. Esta discusión tiene que desembocar en un proceso judicial que determine la existencia o no de la relación de trabajo, pero el trabajador logra la afiliación y el sindicato puede asumir la representación del trabajador afectado por el fraude.

de los trabajadores e impulsar acciones de incidencia en las autoridades pública para lograr mejorar el nivel de funcionamiento de las mismas.

Las demoras injustificadas en los procedimientos constituyen el principal elemento disuasivo de las reclamaciones de los trabajadores. Es importante tener presente que la demora judicial produce graves consecuencias económicas al deteriorar la capacidad de mantener una seguridad alimentaria mínima por parte del trabajador reclamante.

Considerar que para aquellos trabajadores que prestan sus servicios en forma verdaderamente independiente existe la posibilidad de constituir sindicatos según lo establece el artículo 206 del Código de Trabajo.

Para los sindicatos de trabajadores resulta especialmente conveniente atender, por parte de las autoridades públicas, la Recomendación 198 de OIT.

Esto permite a las organizaciones incidir en las políticas públicas de empleo y en el cumplimiento de las leyes laborales.

También pueden promover la aplicación de este instrumento en juicios que se establezcan para declarar la relación laboral en caso de disfraz o encubrimiento.[41]

Existe una propuesta de iniciativa de ley presentada por UNSITRAGUA la cual merece una consideración especial por parte del Movimiento Sindical Guatemalteco.

4.2 | LOS EMPLEADORES

Para analizar al sector empleador hay que distinguir lo que significa este sector a nivel internacional y lo que representa a nivel nacional. Esto es necesario porque las posiciones en cada nivel suelen ser contradictorias.

En el ámbito mundial la Organización Internacional de Empleadores se ha manifestado expresamente con relación al

[41] Es curioso que algunas personas, incluso técnicos y consultores, tienden a relativizar las posibilidades sobre el uso y la aplicación de esta recomendación cuando precisamente la Organización Internacional de Empleadores ha reconocido que este nivel de utilización es posible tal y como lo ha advertido en la página 12 de la guía elaborada por esta organización en julio de 2006.

fraude de disfrazar la relación de trabajo así:

> *"El empleo disfrazado ocurre cuando una o ambas partes estructuran una relación con la intención de disfrazar dicha relación para evadir las obligaciones legales.* ***Esto es el fraude, y debe ser inaceptable en todas jurisdicciones****"*[42]

Esta declaración fue constantemente reiterada por los empleadores en el seno de la Comisión sobre la Relación de Trabajo en la Conferencia Internacional del 2006 y es, probablemente, el único aspecto en que siempre han estado de acuerdo con los otros dos sectores el gobierno y los sindicatos.

Los empleadores a nivel mundial consideran que este tipo de fraude genera efectos negativos para ellos mismos y por eso no lo toleran.

A nivel nacional existe una tendencia, por parte de los empleadores en sentido totalmente contrario a lo expresado a nivel internacional.

Existen diferentes estudios, que con amplio margen de generalidad y sin especificar aspectos concretos, señalan que el sistema normativo laboral guatemalteco es demasiado rígido, poco flexible y voluntarista, señalan que se basa en principios paternalista que dificultad la contratación. Plantean que este tipo de regulación (las relativas a la relación de trabajo) es "ineficaz y perniciosa"

Consideran que la informalidad es producto de este tipo de normativa. Incluso han llegado a sugerir que para realizar una adecuada contratación es necesario "restituir la libertad de contratación" lo cual implicaría abandonar la política de establecer garantías sociales de orden público.[43]

Desde esta perspectiva es posible que el sector empleador

---

[42] *Organización Internacional de Empleadores. Guía para los Empleadores: Recomendación 198 de la OIT, 2006. Ginebra, Suiza, Julio de 2006. Página 5.*

[43] *En este sentido existen diferentes estudios y programas: CIEN: Lineamientos de política económica y social para Guatemala, 2004-2007, páginas 88 y 90; Carta Económica No. 239, página 5; Informe al Congreso No. 52, página 1; Políticas Laborales en Centro América, 2004, páginas 36-129. CACIF: Plan de Desarrollo Económico y Social: 2004-2007, resumen ejecutivo, 2003, páginas 8-9.*

a nivel nacional considere que el disfraz de la relación de trabajo es producto de la necesidad de buscar “alternativas” para facilitar la generación de empleo, sin importar que este sea informal, ante la imposibilidad de que la “rígida, ineficaz y perniciosa” legislación laboral que está vigente.

Sin embargo como se ha expuesto anteriormente la legislación laboral guatemalteca es técnicamente adecuada para delimitar con claridad la diferencia entre una relación de trabajo y un contrato civil o mercantil.

Por esta razón no puede tolerarse, tal y como lo ha indicado la Organización Internacional de Empleadores, la realización de este fraude ya que implica un deterioro que afecta a los propios empleadores al establecer condiciones desleales de competencia.

Además el fomento de la impunidad de estos fraudes deteriora la certeza jurídica y entonces los empleadores corren el riesgo de que se declare como asalariados a verdaderos trabajadores independientes contratados bajo formas civiles o mercantiles legitimas.

4.3 EL GOBIERNO

Las posiciones del sector gubernamental tienen que analizarse en dos facetas: como empleador y como autoridad.

A. <u>Responsabilidad del Estado como empleador</u>

Como empleador el Estado de Guatemala tiene una grave responsabilidad en cuanto que ha sido uno de los principales promotores de este fraude legal.

El Estado disfraza relaciones de trabajo a través de la contratación civil de servicios técnicos o profesionales. Estas oportunidades de empleo en la administración pública son popularmente conocidas como: “Contrato 029”[44]

[44] *Cuando escuchamos la expresión: “contrato 029” inmediatamente pensamos que se trata de un empleado público que es contratado para prestar “servicios profesionales o técnicos”, que no recibe prestaciones laborales, que tiene que entregar una factura por los honorarios que recibe, que su trabajo es temporal y que puede ser despedido en cualquier momento.*

La situación del problema del "contrato 029" es la misma que el disfraz de la relación de trabajo en el sector privado y se aplican todas las consideraciones realizadas en este estudio.

Sin embargo es conveniente precisar algunos aspectos que hacen de este fraude un asunto particular para las condiciones de trabajo de los empleados públicos y para la eficiencia de la administración pública:

> *El Estado tiene la facultad de contratar servicios técnicos y profesionales sin que exista relación de trabajo siempre y cuando los servicios se presten sin subordinación y sin ejercer funciones propias de un cargo público.*[45]

También se puede pensar que se trata de puestos de confianza en donde los funcionarios colocan a personas de su conveniencia con honorarios muy altos. Inclusive, en algunos casos, existen los contratos y las partidas presupuestarias pero no existe la persona que supuestamente presta los servicios. Ambas situaciones existen. Pero la que es objeto de estudio en esta oportunidad es la primera. Se trata de una situación de disfraz de la relación de trabajo de un empleado público. Popularmente se le llama "contrato 029" Pero técnicamente se trata de un asunto de disfraz de la relación de trabajo. Lo que se conoce como 029 es simplemente un código que identifica una partida presupuestaria. Esto no es un problema. También es necesario aclarar que sí es posible que existan verdaderos o genuinos contratos de servicios profesionales o técnicos a través de un proveedor que presta servicios a la administración pública. En estos casos se trata de trabajadores independientes que no gozan del régimen de protección social mínima que corresponde a los empleados públicos contratados en relación laboral pero que son necesarios para el eficiente funcionamiento de la administración pública.

La diferencia entre el concepto popular y el concepto técnico es algo que hay que tener claro. A veces cuando solo se tiene el concepto popular entonces se puede llegar a pensar que el problema consiste en la existencia del renglón presupuestario 029 o en la posibilidad de suscribir contratos civiles de servicios profesionales. Si se piensa así podría llegar a proponerse la supresión de ese renglón presupuestario o la prohibición de celebrar, en la administración pública, los contratos de servicios profesionales y esto no es algo que sea posible de realizar.

El problema es el disfraz de la relación de trabajo del empleado público a través de un falso contrato de servicios profesionales o técnicos y que se cargue, incorrectamente, en el renglón presupuestario 029. Esto es el problema. Existen casos en que también se contrata a las personas bajo el renglón 189. En este renglón presupuestario se cargan todo lo relativo a los gastos que realiza la administración pública al contratar servicios técnicos o profesionales para la realización de estudios o consultorías siempre que se realice sin "relación de dependencia" Si el trabajo se presta en relación de dependencia, aunque se haya cargado el contrato al renglón presupuestario 189, existirá la obligación de pagar las prestaciones laborales correspondientes.

[45] *El fundamento general para este modalidad de contratación de servicios técnicos y profesionales se encuentra en el decreto legislativo 57-92, último párrafo del artículo 1 del acuerdo gubernativo 18-98 y la Circular Conjunta (Ministerio de Finanzas Públicas, Contraloría General de Cuentas y Oficina Nacional de Servicio Civil) de 1997.*

El fraude se comete cuando, utilizando la modalidad de contratación por servicios profesionales o técnicos, se contratan personas para que laboren en condición de subordinación, en forma indefinida y ejerciendo funciones propias de un funcionario o empleado público. Esta modalidad de contratación, al igual que en el sector privado, no puede ser válida si la persona contratada carece de la calidad de "profesional".

Se entiende por profesional a las personas consideradas en el artículo 1 del decreto legislativo 72-2001. Además el numeral III de la Circular Conjunta de 1997 establece que es obligatorio tener esta calidad.

En consecuencia la celebración de esta modalidad de contratación con personas que carecen de la calidad de "profesional" en los términos establecidos en la ley produce la nulidad de la naturaleza civil de la relación y hace prevalecer la naturaleza jurídica laboral.

Con relación a los párrafos II y VIII de la Circular Conjunta de 1997 su contenido es insustancial en cuanto que no produce ningún efecto jurídico por las siguientes razones:

Su naturaleza es de una simple opinión. No es ni siquiera un acuerdo gubernativo que le otorgue fuerza legal.

Es completamente cierto, como lo indica el párrafo II, que el acto contractual por medio del cual se contratan servicios técnicos y profesionales no genera una relación laboral. Lo que genera la relación laboral es la forma o modo en que se presta el servicio. Si existe subordinación entonces, por mandato de la ley, la relación de trabajo tiene que declararse, aunque se hayan suscrito documentos que digan lo contrario.

Aunque la circular, en el párrafo VII, indique que no se pueden pagar prestaciones laborales en caso que la relación laboral sea declarada por un juez el Estado tiene la obligación de hacer efectivo el pago.[46]

[46] *Esto ha sucedido en diferente casos: Ramírez vs. Estado de Guatemala, Sala Segunda de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social juicio No. 245-02; Pedro López vs. Estado de Guatemala, Sala Segunda de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social juicio No. 308-02.*

Existen múltiples *hechos* que demuestran el abuso del fraude del disfraz de la relación de trabajo por parte del Estado de Guatemala y la procedencia de la declaración de la relación laboral. Existen profundos estudios que ha determinado este aspecto.[47]

Si la relación de trabajo es declarada judicialmente todos los actos administrativos que haya realizado la persona contratada bajo la modalidad del contrato 029 son nulos debido a que la persona que los realiza no tiene la calidad de empleado o funcionario público. Tiene la calidad de "proveedor de servicios" y éstos en ningún momento están habilitados para realizar válidamente actos administrativos. Esto ha sido reconocido y advertido en la parte final del párrafo II de la Circular Conjunta que se ha mencionado anteriormente.[48]

También es importante resaltar que la Administración Pública, a través de disposiciones de la Contraloría de Cuentas, ha reconocido que las personas contratadas bajo el

Existe una relevante sentencia emitida el 25 de mayo de 2005 por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social dentro del expediente número 494-2004 que en apelación conoció el laudo arbitral que aprobó el pacto colectivo entre el Sindicato de Trabajadores del Comité Nacional de Alfabetización y el Estado de Guatemala.

En esta sentencia se aprobó el artículo 4 de dicho pacto colectivo en donde se reconoce que todas las personas que trabajen en el renglón 189 serán beneficiadas por las disposiciones del pacto. Esto es un reconocimiento muy importante porque se ha reconocido la relación de dependencia de todas las personas contratadas en este renglón 189, se ha reconocido judicialmente que todas estas personas se encuentran en una situación de disfraz y que deben reconocérseles todos sus derechos laborales.

[47] *Entre estos estudios destacan: Calvillo, Telma: Inadecuada aplicación del contrato de servicios técnico profesionales.... bajo el renglón 029, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, USAC. 2000. Ajche, Santo: Análisis del contrato administrativo en el organismo legislativo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, USAC. 2002.*

[48] *Un aspecto interesante es considerar que una acción administrativa para declarar nulo el acto realizado por el supuesto funcionario o empleado público también conduce a la discusión judicial sobre la naturaleza jurídica de la relación de trabajo.*

[49] *Esto fue declarado así en el artículo 2 del acuerdo A-118-2007 de la Contraloría General de Cuentas. Este acuerdo, que fue publicado el 27 de abril de 2007, resolvió en forma definitiva una discusión que inició con la publicación del acuerdo A-77-2006.*

En toda esta discusión siempre se aceptó que las personas contratadas en el rubro 029 no pueden ejercer dirección. Esto significa que además de no estar autorizadas para manejar fondos públicos, ni para tomar decisiones (actos administrativos), tampoco pueden ser jefes de empleados públicos.

rubro del renglón 029 no pueden ejercer dirección.[49]

Esta práctica no solo afecta los derechos de los trabajadores sino además significa una sensible pérdida de recursos financieros del Estado en vista de que al momento en que el Estado es condenado a pagar las prestaciones adeudadas se cargan gastos que pudieron haber sido omitidos si el funcionario que realizó el fraude se hubiera abstenido de hacerlo.

Este asunto ha sido desarrollado en forma interesante por Acisclo Valladares Molina en la columna pública por el Periódico en la edición del 11 de enero de 2008. El columnista califica al Estado de Guatemala como "requeteladrón" cuando oculta relaciones laborales a través de la contratación conocida como "029"

La responsabilidad por el deficiente desempeño en la administración de los recursos financieros del Estado es responsabilidad directa del funcionario que realizó el fraude según lo establece los incisos a) y f) del artículo 17 del decreto legislativo 89-2002.

B. <u>Responsabilidad del Estado como autoridad</u>

En este ámbito la principal responsabilidad del Estado es garantizar el efectivo cumplimiento de la ley.

El éxito en la consecución de este propósito comprende varios aspectos, entre los más significativos:

El fortalecimiento de la Inspección General de Trabajo. Para realizar inspecciones en los principales sectores en donde se está abusando de la realización de este tipo de fraude legal.

La profesionalización de los Tribunales de Trabajo y Previsión Social, de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Constitucionalidad. Esto es necesario **porque** a pesar de que existen fallos en donde se ha declarado la relación laboral en casos en donde se encontraba disfrazada o encubierta, existe una tendencia a interpretar arbitrariamente la legislación laboral a través de

un abandono del principio de primacía de la realidad y valorando exclusivamente los documentos y no los hechos.[49]

La valoración de las facturas como medio para negar el acceso a la protección que brinda la relación de trabajo es una clara muestra del ejercicio arbitrario de la jurisdicción.

Precisamente, las interpretaciones restrictivas, constituye uno de los principales obstáculos para la correcta aplicación de la ley (OIT, Informe V, 2003, página 37)

Las demoras injustificadas de los procedimientos judiciales **es otro aspecto esencial** que determina la responsabilidad del Estado para garantizar la efectiva aplicación de la ley.

El Ministerio de Trabajo y Previsión Social tiene que promover el conocimiento de la Recomendación 198 de la OIT. Esta promoción brindará mayor seguridad jurídica a las relaciones de trabajo y permitiría modernizar el mercado laboral.

4.4 ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL

La promoción del Trabajo Decente requiere que los empleadores realicen acciones concretas para alcanzar sus fines. El sector empleador comprende a todas las personas individuales o jurídicas que contratan a otras personas.

En la actualidad ser empleador es una gran oportunidad. Permite generar empleo decente y a través del mismo se puede contribuir al bienestar de las personas y de la sociedad. Ser empleador no es un estigma de maldad. Ser empleador es una oportunidad y una responsabilidad social.

Existen diferentes organizaciones e instituciones de la Sociedad Civil que son empleadores. Por ejemplo: ONG´s, universidades, organismos internacionales de cooperación, organizaciones populares, etc.

Todas estas organizaciones persiguen, por lo general, fines no lucrativos y dirigen sus actividades a sensibles programas sociales, actividades humanitarias o a

[49] *Esto se ha observado en fallos en donde el juzgador niega la existencia de una relación laboral simplemente porque el trabajador afectado emitió facturas. En estos casos se ha desconocido el mandato expreso del tercer párrafo del artículo 19 del Código de Trabajo que establece que es la forma en que se trabaja, y no los documentos, los que determinan la existencia de la relación laboral.*

la promoción de los Derechos Humanos y al fortalecimiento de la democracia, el estado de derecho y la paz.

Sin embargo existe una terrible contradicción entre los fines de estas organizaciones y su comportamiento institucional cuando contratan personal mediante el fraude legal del disfraz de la relación de trabajo.

Una interesante muestra de esta incoherencia es la que se puede observar entre las diferentes opiniones que fueron publicadas por el Periódico en la columna de la periodista Lucía Escobar en la edición del 19 de marzo de 2008.[50] Este caso trata sobre una trabajadora que, encontrándose en una situación de disfraz de la relación laboral, decide reclamar sus derechos en contra de una conocida organización no gubernamental de Derechos Humanos. Las opiniones reflejan con claridad la serie de incoherencias ideológicas que existen en este tipo de organizaciones al momento de enfrentar sus obligaciones como empleadores.

Es sorprendente como se utiliza el mismo discurso de otros empleadores o patronos que no cumplen las leyes laborales para tratar de justificar el incumplimiento laboral de los propios organismos de Derechos Humanos. Consideran que para ser sujeto de obligaciones laborales es necesario generar “plusvalía” y que el carácter no lucrativo de la organización le permite total inmunidad frente a reclamaciones laborales.

Si estos argumentos fueran ciertos entonces el Estado nunca sería responsable ante sus trabajadores ya que tampoco genera “plusvalía”. Una persona jurídica o individual es responsable como empleador o patrono desde el momento en que contrata a una o varias personas en relación de dependencia o relación laboral.

Esta contradicción es intolerable y es necesario que estas organizaciones, nacionales e internacionales, ajusten su comportamiento al respeto de la ley laboral vigente en Guatemala. Porque al actuar como empleadores irresponsables contribuyen al deterioro de las condiciones sociales de todos los trabajadores.

[50] *La columna y la discusión puede ser consultada en: http://www.elperiodico.com.gt/es/20080319/lacolumna/50732*

Estas entidades tienen una mayor responsabilidad ética frente a la promoción del Trabajo Decente.

Existen algunas investigaciones o comentarios públicos que detallan la gravedad de esta situación.[51]

En la investigación[52] realizada por Inforpress refleja con crudeza la equivocada opinión que tienen los diferentes representantes de tan importantes instituciones.

Incluso llegan a considerar que realizan el disfraz de la relación de trabajo de sus propios compañeros debido a que las entidades de cooperación "les obligan a hacerlo"

En todo caso, si los directivos y representantes de estas instituciones, no están de acuerdo en promover, en su calidad de empleadores, condiciones decentes de trabajo, si deberían tomar en cuenta, que la realización del disfraz de la relación de trabajo es un signo de mala administración de los fondos de cooperación que se les ha confiado ejecutar en forma eficiente.

Al final son varios los casos que ya se conocen tanto en tribunales como en la Inspección General de Trabajo en donde varias personas han decidido iniciar acciones legales en contra de este fraude y reclamar sus derechos laborales.

[51] Pueden consultarse: Smith, James INFORPRESS Edición 1707, página 10. En este trabajo se detallan interesantes entrevistas que evidencias la práctica en la cooperación internacional de este tipo de fraude legal. Palmieri, Jorge El periódico 22 y 24/09/2005 realiza una fuerte crítica a la Universidad Rafael Landívar la cual no solo disfraza las relaciones de trabajo del personal docente sino que también demora injustificadamente los juicios laborales cuando es demandada por los trabajadores que reclaman sus derechos, califica como una "doble moral" este tipo de comportamiento.

[52] Según el periodista que hizo esta investigación realizó entrevistas vía electrónica a: Por la Unión Europea (UE): Sergio de León; por USAID: Wende DuFlon; al Programa de Naciones Unidas (PNUD), por la Fundación Myrna Mack: Marta Paz asistente de dirección; por CALDH: Caridad Estrada de Recursos Humanos; por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala (ICCPG): Ana Lucía Morán; por el CUC: Rafael González en calidad de vocero; por CNOC: Pedro Mateo; por la Comisión Presidencial de Derechos Humanos (COPREDEH): Frank La Rue; Ministerio de Trabajo, Bárbara Arguello, directora de comunicación; por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Miriam Pinto, subdirectora de privilegios e inmunidades.

De estas personas solamente: el CUC, la CNOC, COPREDHE y FMM emitieron alguna opinión respecto a la pregunta si realizan o no un disfraz de la relación de trabajo.

5 PROPUESTA BÁSICAS DE ACCIÓN

Es conveniente que cualquier acción que se impulse para enfrentar este fraude se realice bajo un adecuado proceso de Diálogo Social entre todos los actores y sectores de las relaciones de trabajo. Es importante que la generación de empleo y la protección de los trabajadores sean los objetivos prioritarios de las acciones.

Sin embargo varias de las acciones que puedan surgir pueden realizarse desde la perspectiva de sectores particulares, principalmente para el caso de los sindicatos de trabajadores.

Las acciones que se proponen en este estudio son las siguientes:

a) Suscripción de una Declaración de Acción Sindical a Favor de la Protección de los Trabajadores y en Contra del Disfraz de la Relación de Trabajo:

Sobre la base de un análisis y discusión de los aspectos principales de la Recomendación 198 de la OIT se puede emitir una declaración del Movimiento Sindical Guatemalteco en donde se aborde el problema del disfraz de la relación de trabajo y se exija al gobierno de Guatemala, a la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad la atención al contenido de la recomendación.

b) Sistematización de Casos:

Puede ser necesario el impulso de un proceso de sistematización de casos dentro de cada organización sindical.

Esta sistematización puede realizarse en función de sectores: público, privado, de servicios, etc., y según el tipo de disfraz. Esta sistematización puede hacer énfasis en los casos en que este fraude afecta directamente la Libertad Sindical y Negociación colectiva.

El propósito es contar con información básica que permita el planteamiento de acciones ante las autoridades públicas con el objeto de definir una Política Nacional en contra del disfraz de la relación de trabajo.

c) Determinar propuestas básicas para la implementación de una política nacional que garantice la erradicación del fraude del disfraz de la relación de trabajo, el establecimiento de medidas cautelares específicas para garantizar la protección de los trabajadores.

1. Promoción de la Recomendación 196 de la OIT a nivel de políticas públicas y en juicios concretos en donde se intenta declarar la relación de trabajo ante situaciones de disfraz o encubrimiento.
2. Construcción de una alianza entre el Movimiento Sindical Guatemalteco y el Movimiento de Derechos Humanos en Guatemala. Esto es necesario porque este fraude atenta contra la vigencia de los Derechos Económicos y Sociales de las personas y solo a través de un movimiento unitario de toda la sociedad civil es posible enfrentar el desafío de su superación.
3. Establecer un consenso estratégico con el sector empleador en la medida en que este fraude afecta a los empleadores y deteriora significativamente la certeza jurídica con lo que puede llegar a declararse como trabajador asalariado a verdaderos trabajadores independientes que han sido contratados bajo formas civiles o mercantiles legítimas. Esto deterioraría la competitividad en general.
4. Planteamiento de denuncias (artículo 282 del Código de Trabajo) ante la Inspección General de Trabajo para que verifique las condiciones laborales de personas que se consideren en situación de disfraz de la relación de trabajo.
5. Impulsar una campaña nacional de información a todos los trabajadores del sector público y privado sobre el problema del disfraz de la relación de trabajo y la manera en que puede enfrentarse. Esta campaña puede incluir la divulgación de una guía sobre qué es y cómo actuar ante una situación de disfraz de la relación laboral. El objetivo es informar claramente cuál es la diferencia entre un trabajador dependiente y un trabajador independiente y cuales los derechos que le corresponden

a los trabajadores vinculados por una relación laboral. Debe hacer énfasis en la situación de la mujer trabajadora principalmente en el caso de desprotección de la maternidad.

6. Plantear al Ministerio de Trabajo y Previsión Social una propuesta para la definición de un plan de acción tripartito para la consideración de acciones que hagan efectivo el cumplimiento de los aspectos propuestos en la Recomendación 198 de la OIT. Este plan puede considerar en especial lo siguiente:

Implementación de inspecciones de trabajo para determinar posibles situaciones de disfraz de la relación de trabajo en el sector público y privado.

Priorizar la atención de casos en donde se realice el disfraz de la relación de trabajo en el sector público.

Determinación de sectores o empleos que requieran una especial protección. Fundamentalmente si trata de empleo de mujeres.

Definir acciones coordinadas con la Superintendencia de Administración Tributaria, con el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, con el Instituto Técnico de Capacitación y Productividad y el Instituto de Recreación de los Trabajadores de la Empresa Privada, con el propósito de abordar el problema de la defraudación en el pago de impuestos y cuotas que deriva de las situaciones de disfraz de la relación de trabajo que se están realizando actualmente.

Diseño de una propuesta de reforma legal para establecer sanciones severas en contra del disfraz de la relación de trabajo con el objeto de desmotivar la realización de este fraude.

Plantear ante la Corte Suprema de Justicia la necesidad de que se emita una acuerdo en donde se comunique a todas los Tribunales de Trabajo y Previsión Social el contenido integro de la Recomendación 198 de la OIT. De ser posible este acuerdo puede ir acompañado de la declaración del Movimiento Sindical y de

un breve estudio en donde se plantee la necesidad de la adecuada aplicación de los artículos 18 y 19 del Código de Trabajo en todos los casos de disfraz de la relación de trabajo. También puede ser adecuado que:

- Se plantee la necesidad que todas las actividades de capacitación judicial aborden el tema del disfraz del a relación de trabajo con base en la Recomendación 198 de OIT.
- Se revise los casos de demora judicial injustificada sobre disfraz del a relación de trabajo.
- Presentar la declaración del Movimiento Sindical Guatemalteco y el contenido de la Recomendación 198 de la OIT ante la Corte de Constitucionalidad con el objeto de fortalecer la correcta aplicación de la ley laboral.
- Solicitar al Consejo de Administración de la OIT que requiera informaciones específicas al gobierno de Guatemala sobre la manera en que se ha cumplido el contenido de la Recomendación 198. También pueden enviarse observaciones específicas de cómo el disfraz de la relación de trabajo afecta la promoción del Trabajo Decente al implicar la deficiente aplicación de varios convenios internacionales sobre todo los considerados como fundamentales. Esto puede presentarse ante la Oficina Internacional del Trabajo.

6 BIBLIOGRAFÍA

1. Centro de Investigaciones Económicas Nacionales –CIEN–. **Análisis de la Economía Informal en Guatemala.** CIEN Guatemala. Septiembre, 2001.
2. Centro de Investigaciones Económicas Nacionales –CIEN– **Lineamientos de Política Económica y Social para Guatemala 2004-2007.** CIEN Guatemala. Octubre, 2003.
3. Commission of the European Communities. GREEN PAPER **Modernising Labour Law to Meet the Challenges of the 21st Century.** Brussels. Noviembre, 2006.
4. Daza, José Luis. **Economía Informal, Trabajo no Declarado y Administración**

del Trabajo. Departamento de Diálogo Social, Legislación, y Administración del Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo. Junio 2005. Ginebra, Suiza.

5. De Buen Unna, Claudia. **El Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, Vía de Fraude Laboral.** Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano. Universidad Autónoma de México. México 2003.
6. Ermida, Óscar y Hernández, Óscar. **Crítica de la Subordinación.** Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano. Universidad Autónoma de México. México 2003.
7. Kurczyn Villalobos, Patricia. **El Contrato Laboral; Decadencia o Modificación.** Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano. Universidad Autónoma de México. México 2003.
8. Lastra Lastra, José Manuel. **La Fuerza de una Relación Jurídica Débil.** Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano. Universidad Autónoma de México. México 2003.
9. Macías Vásquez, María Carmen. **Neoliberalismo y Relaciones de Trabajo.** Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano. Universidad Autónoma de México. México 2003.
10. Maldonado, Guillermo. **Ámbito de Aplicación de la Relación de Trabajo.** Revista Justicia Laboral, Año 1, No. 1 Enero-Junio 2004. Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia.
11. Marquet Guerrero, Porfirio. **El Contrato y la Relación de Trabajo.** Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano. Universidad Autónoma de México. México 2003.
12. Maul, Hugo; Bonilla, María Isabel; Lee, Sigfrido; Spross, Verónica; Bolaños, Lisardo. **Políticas Laborales en Centroamérica ¿Oportunidades o barreras para el desarrollo?** Centro de Investigaciones Económicas Nacionales –CIEN–, Guatemala. 2004.
13. Organización Internacional del Trabajo. **Informe de la Reunión de Expertos sobre los Trabajadores en Situaciones en las cuales necesitan Protección.**

Ginebra, Suiza. Noviembre, 2000.

- Organización Internacional del Trabajo. **El Ámbito de la Relación de Trabajo.** 91ava. Conferencia Internacional del Trabajo, V Informe, Ginebra, Suiza. 2003.
- Organización Internacional del Trabajo. **La Relación de Trabajo.** 95ava. Conferencia Internacional del Trabajo, V Informe, Ginebra, Suiza. 2006.
- Organización Internacional del Trabajo. **Cambios en el Mundo del Trabajo.** 95ava. Conferencia Internacional del Trabajo, I Informe, Ginebra, Suiza, 2006.
- Organización Internacional de Empleadores. **Employers, Guide: Employment Relationship Recomendation, 2006 (No. 198)** Julio, 2006.
- Organización Internacional del Trabajo. **The Employment Relationship: An annotated guide to ILO Recommendation No. 198.** Consulta en línea del 29/08/2007: http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/downloads/guide-rec198.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. **Tendencias Mundiales del Empleo Breve informe.** Ginebra, Suiza. Noviembre, 2000.
- International Labour Organization (ILO) **Report of the Committee on Contract Labour.** 86ava. Conferencia Internacional del Trabajo. Geneva, June 1998.
- Pedersini, Roberto. **Economically Dependent Workers', Employment Law and industrial Relation.** Eiroonline European Industrial Relations Observatory on-line. Junio, 2002.
- Pérez Albela, Alfonso de los Heros. **La Frontera entre el Trabajo Subordinado y el Trabajo Independiente.** Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano. Universidad Autónoma de México. México 2003.
- Reynoso Castillo, Carlos. **Los Atentados al Contrato de Trabajo.** Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano. Universidad Autónoma de México. México 2003.
- Sánchez –Castañeda, Alfredo. **¿Hacia la Decadencia del Contrato de Trabajo?** Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano.

Universidad Autónoma de México. México 2003.
- Toledo Toribio, Omar. **Intermediación Laboral, Outsourcing y Ownsizing.** Hechos de la Justicia. España, 2000.
- Unidad Sindical de Trabajadores de Guatemala. **Propuesta de Reforma de Leyes Laborales.** Proyecto de iniciativa de ley de regularización de relaciones laborales. Guatemala.
- Villasmil Prieto, Humberto. **Las relaciones laborales en la era de la Mundialización: Una visión desde la OIT.** Relaciones Laborales y Diálogo Social. ETM-OIT, Oficina Internacional del Trabajo, San José de Costa Rica. Junio, 2002.

7 ANEXOS

TEXTO DE LA RECOMENDACIÓN 198 DE OIT SOBRE LA RELACIÓN DE TRABAJO

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad, en su nonagésima quinta reunión, el 31 de mayo de 2006;

Considerando que la legislación nacional, así como los convenios colectivos, ofrecen una protección vinculada a la existencia de una relación de trabajo entre un empleador y un empleado;

Considerando que la legislación y su interpretación deberían ser compatibles con los objetivos del trabajo decente;

Considerando que la legislación laboral o de trabajo trata, entre otras cosas, de resolver lo que puede constituir una desigualdad entre las posiciones de negociación de las partes en una relación de trabajo;

Considerando que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo, y de conformidad con los principios establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo,

1998, y el Programa de Trabajo Decente;

Considerando las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación;

Observando que hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho;

Reconociendo que la orientación internacional a los Miembros desempeña un papel para ayudarlos a lograr esta protección mediante la legislación y la práctica nacionales, y que esa orientación debería seguir siendo útil con el tiempo;

Reconociendo, además, que esa protección debería ser accesible a todos, en especial a los trabajadores vulnerables, y basarse en leyes eficaces, efectivas y de amplio alcance, con resultados rápidos y que fomenten el cumplimiento voluntario;

Reconociendo que la política nacional debería ser fruto de la consulta con los interlocutores sociales y debería ofrecer orientación a las partes interesadas en el lugar de trabajo;

Reconociendo que la política nacional debería promover el crecimiento económico, la creación de empleo y el trabajo decente;

Considerando que la globalización de la economía ha incrementado la movilidad de los trabajadores que necesitan protección, como mínimo, contra la selección de la legislación aplicable con el fin de eludir la protección nacional;

Observando que, en el marco de la prestación de servicios transnacionales, es importante determinar a quién se considera como trabajador vinculado por una relación de trabajo, qué derechos tiene y quién es el empleador;

Considerando que las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo pueden crear graves problemas

a los trabajadores interesados, a su entorno y a la sociedad en general;

Considerando que la incertidumbre acerca de la existencia de una relación de trabajo tiene que resolverse de modo que se garantice una competencia leal y la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo de una manera conforme con la legislación o la práctica nacionales;

Tomando nota de todas las normas internacionales del trabajo pertinentes y en especial las normas relativas a la situación particular de la mujer, así como las relativas al ámbito de la relación de trabajo;
Después de haber decidido adoptar diversas propuestas relativas a la relación de trabajo, cuestión que constituye el quinto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que estas propuestas revistan la forma de una recomendación, adopta, con fecha... de junio de dos mil seis, la siguiente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006.

I. Política Nacional de Protección de los Trabajadores Vinculados por una Relación de Trabajo

1. Los Miembros deberían formular y aplicar una política nacional encaminada a examinar a intervalos apropiados y, de ser necesario, a clarificar y a adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente, a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo.

2. La naturaleza y el alcance de la protección otorgada a los trabajadores vinculados por una relación de trabajo deberían ser definidos por la legislación o la práctica nacionales, o ambas, teniendo en cuenta las normas internacionales pertinentes. Esta legislación o práctica, incluidos los elementos relativos al alcance, el ámbito de aplicación y la responsabilidad de su aplicación, debería ser clara y adecuada a fin de asegurar la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo.

3. La política nacional debería formularse y aplicarse de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

4. La política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendentes ha:

a) Proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes;
b) Luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho;
c) Adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho;
d) Asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén;
e) Proporcionar a los interesados, y en particular a los empleadores y los trabajadores, acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo;
f) Asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo, y
g) Prever una formación apropiada y adecuada sobre

normas internacionales del trabajo pertinentes, derecho comparado y jurisprudencia para la judicatura, los árbitros, los mediadores, los inspectores del trabajo y otras personas encargadas de la solución de controversias y del cumplimiento de las leyes y normas nacionales en materia de trabajo.

5. En el marco de la política nacional los Miembros deberían velar en particular por asegurar una protección efectiva a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores más vulnerables, los jóvenes trabajadores, los trabajadores de edad, los trabajadores de la economía informal, los trabajadores migrantes y los trabajadores con discapacidades.

6. Los Miembros deberían:

a) Velar especialmente por que en la política nacional se aborde la cuestión de la dimensión de género, dado que las mujeres que trabajan predominan en determinados sectores y ocupaciones en los que existe una elevada proporción de relaciones de trabajo encubiertas o en los que existe falta de claridad en lo que atañe a la relación de trabajo, y b) establecer políticas claras sobre la igualdad de género y mejorar el cumplimiento de la legislación y los acuerdos pertinentes en el ámbito nacional, de modo que pueda abordarse de manera eficaz la dimensión de género.

7. En el contexto del movimiento transnacional de trabajadores:

a) Al formular una política nacional, todo Miembro debería, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, considerar la posibilidad de adoptar medidas apropiadas en el marco de su jurisdicción y, cuando proceda, en colaboración con otros Miembros, a fin de aportar una protección efectiva y prevenir abusos contra los trabajadores migrantes que se encuentran en su territorio, que puedan verse

afectados por una situación de incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, y

b) Cuando los trabajadores son contratados en un país para trabajar en otro, los Miembros interesados pueden considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales con objeto de prevenir abusos y prácticas fraudulentas encaminadas a eludir los acuerdos existentes para la protección de los trabajadores en el contexto de una relación de trabajo.

8. La política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo no debería interferir en las verdaderas relaciones civiles y comerciales, velando al mismo tiempo por que las personas vinculadas por una relación de trabajo disfruten de la protección a que tienen derecho.

II. Determinación de la Existencia de una Relación de Trabajo

9. A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza convenido por las partes.

10. Los Miembros deberían promover métodos claros para ofrecer orientación a los trabajadores y los empleadores sobre la manera de determinar la existencia de una relación de trabajo.

11. A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los Miembros deberían considerar, en el marco de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, la posibilidad de:

a) Admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo;
b) Consagrar una presunción legal de la existencia de una relación

de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y

c) Determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.

12. A los fines de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

a) El hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

b) El hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para

ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

14. La solución de controversias sobre la existencia y las condiciones de una relación de trabajo debería ser competencia de los tribunales del trabajo o de otros tribunales o de instancias de arbitraje a los cuales los trabajadores y los empleadores tengan acceso efectivo, de conformidad con la ley y la práctica nacionales.

15. La autoridad competente debería adoptar medidas para garantizar el cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo a los distintos aspectos tratados en la presente Recomendación, por ejemplo, a través de los servicios de inspección del trabajo, en colaboración con la administración de la seguridad social y las autoridades fiscales.

16. Por lo que se refiere a la relación de trabajo, las administraciones nacionales del trabajo y sus servicios conexos deberían supervisar periódicamente sus programas y dispositivos de control del cumplimiento. Debería prestarse especial atención a aquellas ocupaciones y sectores con una proporción elevada de mujeres trabajadoras.

17. En el marco de la política nacional, los Miembros deberían establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas.

18. En el marco de la política nacional, los Miembros deberían promover el papel de la negociación colectiva y el diálogo social, entre otros, como medios para encontrar soluciones a las cuestiones relativas al ámbito de la relación de trabajo a escala nacional.

III. Seguimiento y Aplicación

19. Los Miembros deberían establecer un mecanismo apropiado, o valerse de uno existente, para seguir la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo, y ofrecer asesoramiento

para la adopción y aplicación de medidas relativas a la relación de empleo en el marco de la política nacional.

20. Las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores deberían estar representadas en pie de igualdad en el mecanismo de seguimiento de la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo.

    Además, esas organizaciones deberían ser consultadas en el marco del mecanismo antes mencionado, con la frecuencia necesaria y, cuando sea posible y útil, sobre la base de informes de expertos o estudios técnicos.

21. Los Miembros deberían recopilar, en la medida de lo posible, información y datos estadísticos, y realizar estudios sobre los cambios registrados en la estructura y las modalidades de trabajo, a nivel nacional y sectorial, teniendo presentes la distribución entre hombres y mujeres y otros aspectos pertinentes.

22. Los Miembros deberían establecer mecanismos nacionales específicos para asegurar que pueda determinarse eficazmente la existencia de relaciones de trabajo en el marco de la prestación de servicios transnacionales. Debería prestarse atención al desarrollo de contactos sistemáticos y al intercambio de información sobre esta cuestión con otros Estados.

IV. Párrafo Final

23. La presente Recomendación no supone una revisión de la Recomendación sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 188), ni puede revisar el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (Núm. 181)

La UNIÓN GUATEMALTECA DE TRABAJADORES "UGT" es una unidad de acción, organizada hace 12 años. Esta integrada por las organizaciones de segundo y tercer grado siguientes: Central General de Trabajadores de Guatemala, "CGTG"; Confederación Central de Trabajadores del Campo y la Ciudad, "CTC"; Confederación de Unidad Sindical de Guatemala, "CUSG"; Federación Sindical de Empleados Bancarios y Servicios, "FESEBS" y la Federación Sindical de Trabajadores de la Alimentación, Agro industrias, Servicios y Similares, "FESTRAS"

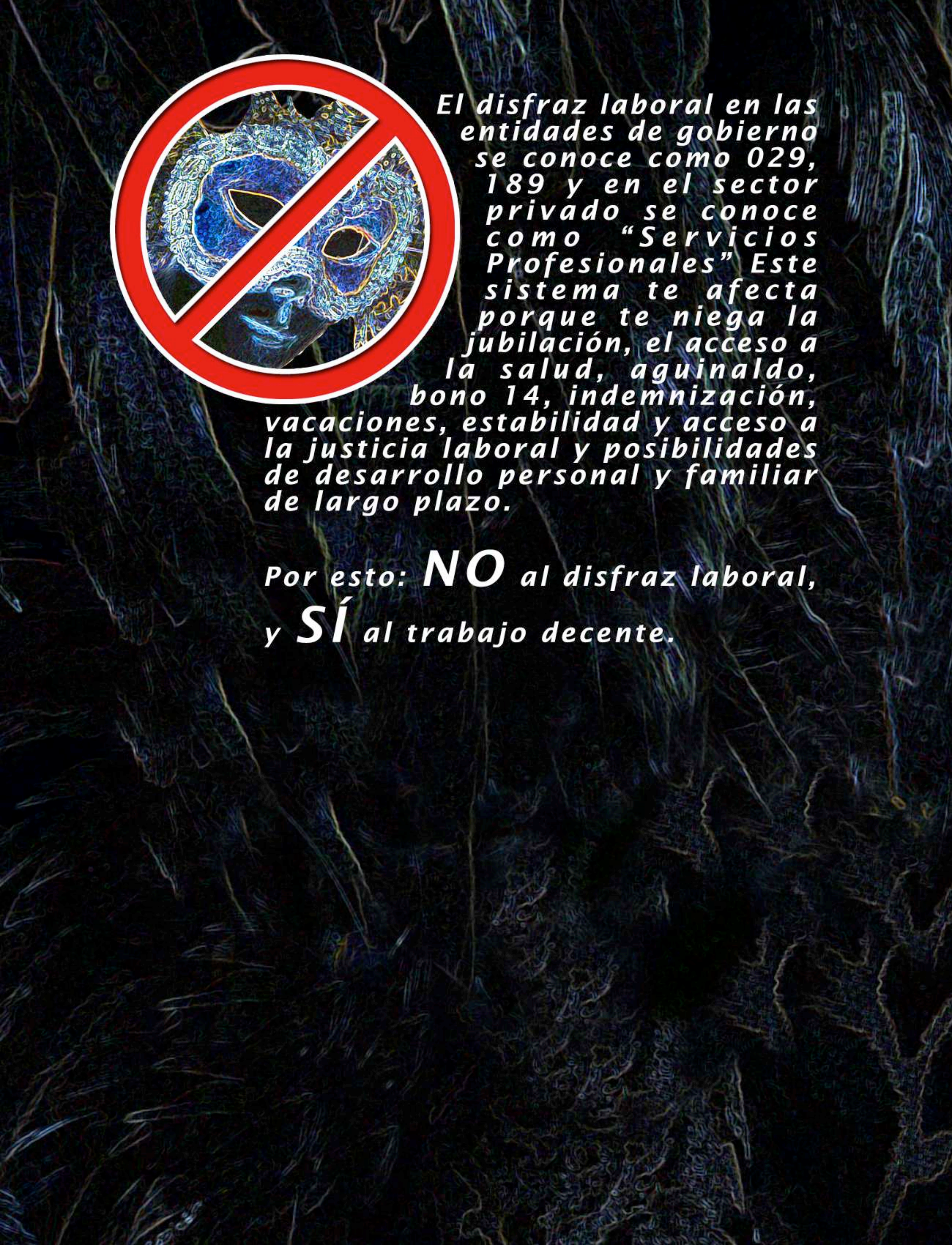
UGT, tiene implantación sindical, asociativa o de comités ad-hoc en los tres sectores de la economía (Agricultura, Industria y Servicios) y en la economía denomina informal, todo en conjunto suman más de 250 organizaciones sindicales.

UGT aglutina a las referentes sindicales mundiales, miembros de la Confederación Sindical Internacional, "CSI" y de la regional llamada Confederación Sindical de Trabajadores de las Americas, "CSA" Asimismo, algunas de las organizaciones integrantes, también son las delegadas de los llamados Sindicatos Globales así:

	SINDICATO		
Organización nacional	**Regional (*)**	**Global**	**Confederación Mundial**
CGTG	CSA		SCI
CTC	CSA	UITA	SCI
CUSG	CSA		SCI
FESEBS		UNI-América	SCI
FESTRAS		UITA, FITTICC	SCI

Para ubicarnos: ugt_guatemala2@hotmail.com

(*) Confederación Sindical de Trabajadores de las Americas es el resultado de la fusión de la CLAT y de la ORIT formalizada en marzo del 2008.


El disfraz laboral en las entidades de gobierno se conoce como 029, 189 y en el sector privado se conoce como "Servicios Profesionales" Este sistema te afecta porque te niega la jubilación, el acceso a la salud, aguinaldo, bono 14, indemnización, vacaciones, estabilidad y acceso a la justicia laboral y posibilidades de desarrollo personal y familiar de largo plazo.
Por esto: NO al disfraz laboral,
y SÍ al trabajo decente.